

**LEONARDO SPERB DE PAOLA**

**CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO: VIDA E MORTE DA RELAÇÃO CONTRATUAL**

**Tese apresentada como requisito parcial à  
obtenção do grau de Doutor em Direito das  
Relações Sociais. Curso de Pós-Graduação em  
Direito, Setor de Ciências Jurídicas,  
Universidade Federal do Paraná**

**Orientador: Professor Doutor Alfredo de Assis  
Gonçalves Neto**

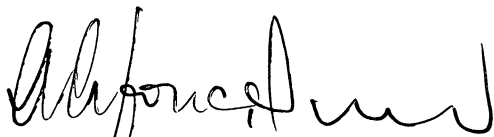
**Curitiba**

**2001**

**LEONARDO SPERB DE PAOLA**

**CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO: VIDA E MORTE DA RELAÇÃO CONTRATUAL**

**Tese aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito das Relações Sociais. Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná**



**Professor Doutor Alfredo de Assis Gonçalves Neto**

**Universidade Federal do Paraná**



**Professor Doutor Marçal Justen Filho**

**Universidade Federal do Paraná**



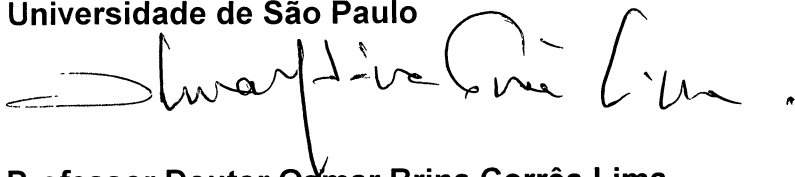
**Professor Doutor Newton de Lucca**

**Universidade de São Paulo**



**Professor Doutor Calixto Salomão Filho**

**Universidade de São Paulo**



**Professor Doutor Osmar Brina Corrêa Lima**

**Universidade Federal de Minas Gerais**

“Qual o signo da liberdade realizada? –  
Não se escandalizar consigo mesmo”  
(Nietzsche, A gaia ciência)

A

Gisele e ao pequenino Gabriel, os seres mais amados

## **SUMÁRIO:**

**INTRODUÇÃO – p. 1**

**CAPÍTULO 1 - OS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO: ELEMENTOS ESPECÍFICOS E COMUNS – p. 12**

**CAPÍTULO 2 – O ENFOQUE COLETIVO: A REDE DE DISTRIBUIÇÃO – p. 66**

**CAPÍTULO 3 - ANÁLISE DE ALGUMAS CLÁUSULAS COMUNS AOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO, À LUZ DO DIREITO CONTRATUAL E DO DIREITO ECONÔMICO – p. 96**

**CAPÍTULO 4 - TÉRMINO DA RELAÇÃO CONTRATUAL – p. 144**

**CONCLUSÃO – p. 234**

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS – p. 239**



## RESUMO

São objeto deste trabalho três tipos de contratos voltados à distribuição de bens e serviços ao mercado: agência, concessão comercial e franquia. Principiando por apresentar os elementos que caracterizam cada tipo contratual e que permitem distinguir um tipo do outro (capítulo 1), o autor também procura destacar alguns aspectos comuns a todos os contratos enfocados: a necessária colaboração entre as partes e, além disso, a integração dos distribuidores à rede controlada pelo principal, concedente ou franqueador, verdadeiro fio condutor da tese. No capítulo 2, enfoca a matéria sob a ótica da rede de distribuição, isto é, segundo uma perspectiva multilateral, buscando uma qualificação jurídica da rede, bem como o exame dos poderes, sujeições, direitos e obrigações no relacionamento entre o principal e os distribuidores, entre os próprios distribuidores, e com terceiros externos a rede. Em seguida (capítulo 3), procede-se a uma análise das cláusulas e obrigações mais freqüentes nos contratos em exame, sob o ponto de vista da relação bilateral, da rede, e também do Direito Econômico, já que a integração gerada por essas cláusulas pode levar a situações de concentração e abuso de poder econômico, como, há muito, vem reconhecendo os órgãos europeus e norte-americanos de defesa da concorrência. O capítulo 4 constitui o cerne da tese, e nele se exploram os limites e conseqüências jurídicas da terminação (denúncia, resolução, não-renovação), por vontade unilateral do principal, dos contratos de distribuição. Trata-se, principalmente, de demonstrar que, atualmente, não subsiste uma faculdade incondicionada de pôr fim a contratos de duração, dentre os quais, os de distribuição. Apresentadas as soluções legais do Direito forâneo e nacional, especialmente em matéria de agência, discute-se a possibilidade de sua aplicação analógica a outros contratos de distribuição não regulados por lei. Investigam-se também os limites relacionados à própria função dos contratos em apreço e à incidência do princípio da boa-fé contratual, dos quais se podem extrair exigências no tocante à observância de aviso prévio, à duração mínima do contrato, por prazo que garanta a amortização de investimentos do distribuidor, ao respeito às expectativas geradas no distribuidor a partir de atos próprios do principal e à adequada motivação do ato de denúncia, resolução ou não-renovação. Quanto às conseqüências do término da relação contratual, são examinadas i) a indenização por terminação abusiva; ii) a indenização por terminação lícita; e iii) a compensação por benefícios que a atividade do distribuidor tenha agregado à rede de distribuição.

## ABSTRACT

The object of this paper is three kinds of agreements concerning the distribution of goods and services to the market: agency, commercial concession and franchise. At first the elements that characterise each kind of contract and that allow to distinguish one from the other (chapter 1) are presented, the author also tries to highlight some aspects which are common to all mentioned kinds of contract: the necessary collaboration of the parties and the integration of the distributors with the network controlled by the principal, conceding or franchise conceding parties are the real main stream of the paper. In chapter 2, the focus is the distribution network according to a multilateral perspective, looking for a juridical qualification for the network as well as the assessment of powers, subjections, rights and obligations in the relationship between the principal and the distributors, among the distributors and with external third parties. Right after that (chapter 3), the most frequent clauses and obligations found in the contracts are analysed in relation to the bilateral relationship, the network and also in relation to the Economic Law as the integration generated by these clauses may lead to situations of concentration and abuse of the economic power, as for a long time are being recognized by European and North American defence offices. Chapter 4 is the core of the theses and explores the juridical limits and consequences of the termination (complaint, resolution, non-renewal) of the agreement by one of the parties of the distribution contract. The main idea is to demonstrate that there isn't nowadays an unconditional faculty to finish duration contracts, among them distribution ones. The legal solutions, of Forum and National Law, especially in terms of agency, are presented and the possibilities of analogue application to other distribution contracts, not regulated by law, are discussed. The limits related to the function of the analysed contracts and the incidence of the contractual principle of good faith are investigated, from which it is possible to extract demands related to the observation of notices, duration of the agreement for a period of time that guarantees the amortization of the investments made by the distributor in terms of expectations of the distributor generated by the own acts of the principal and the adequate motivation of the act of complaint, resolution or non-renewal. As per the consequences of the termination of the contractual relationship the items examined are I) indemnification due to abusive termination; ii) indemnification due to licit termination; and iii) compensation for benefits that the activity of the distributor has aggregated to the distribution network.

## INTRODUÇÃO

Nos sistemas econômicos de mercado, questão fundamental que se coloca aos agentes econômicos consiste na técnica a ser adotada para a oferta dos bens e serviços que produzem junto aos potenciais adquirentes, sobretudo aos consumidores finais. Em termos bastante genéricos, há duas soluções básicas: assumir diretamente essa função, ainda que por meio de auxiliares, subordinados ou não, e, dentre estes últimos, se enquadram os agentes ou representantes comerciais; ou delegá-la, por assim dizer, a terceiros comerciantes autônomos, que adquirem os bens para revenda em nome próprio. Nenhuma delas é de todo satisfatória. Na primeira, assumem-se praticamente todos os ônus e despesas da distribuição, concentrando-se no próprio produtor o risco econômico-financeiro da atividade de comercialização, multiplicado pelo número de pontos de oferta ao público que seja necessário manter em funcionamento. A expansão desses pontos é feita unicamente às suas expensas. Na segunda, o que se ganha em dispersão de risco entre diversos comerciantes autônomos, perde-se em controle sobre o processo distributivo, sobre a oferta de seus produtos ao consumidor, controle que, a depender da estrutura concorrencial para aquele determinado produto, pode revelar-se de fundamental importância.

Porém, a criatividade empresarial, fonte inexaurível de novos tipos contratuais, buscou soluções que possibilitassem conciliar os aspectos positivos dos modelos descritos, reduzindo os riscos com investimentos por parte do produtor, mas mantendo a possibilidade de controle sobre a atividade do distribuidor autônomo. Chegou assim aos modernos contratos de concessão e de franquia comercial, nos quais o distribuidor, sob o manto de uma atividade juridicamente independente, encontra-se estreitamente ligado ao produtor, sujeitando-se a um contínuo controle por parte deste. Com efeito, os contratos de concessão comercial e de franquia levam à integração dos distribuidores ao sistema de distribuição constituído pelo principal, que passa a dominar todo o ciclo de produção-distribuição das mercadorias e serviços. Formalmente, as entidades empresariais continuam independentes entre si (cada qual revestida, por exemplo, por uma personalidade jurídica própria); economicamente, todavia, passam a constituir uma unidade, um todo orientado por uma mesma política comercial em relação ao mercado, política que é estabelecida pelo controlador da rede.

Esse fenômeno (integração de entidades juridicamente autônomas em redes empresariais), por sinal, tem alcançado todos os quadrantes dos sistemas econômicos de mercado. Nessa ordem de idéias, a grande empresa vai assumindo cada vez mais a função de controlar as atividades dos agentes econômicos que estão dentro de seu raio de influência. Passa a ser um pólo de coordenação e organização de atividades materiais

externas, sejam elas de produção,<sup>1</sup> sejam de distribuição.<sup>2</sup> Em razão disso, a figura quase mítica do pequeno empreendedor, que arrosta a concorrência isoladamente, e que, pelos seus solitários esforços, cresce progressivamente, vai cedendo passo à do empresário economicamente subordinado, integrado a uma rede empresarial, tornando-se gerente de um braço da rede, mas gerente que assume riscos, investindo capital próprio na constituição e funcionamento de um novo estabelecimento.<sup>3</sup>

Enfim, concessão comercial e franquia se inserem num processo mais geral de transformação da estrutura da grande empresa, que descentraliza atividades materiais, sem, com isso, perder o controle sobre essas atividades, mesmo que exercidas por entes formalmente autônomos. Ao fazê-lo, ganha em flexibilidade e, mais, transfere às empresas auxiliares parcela significativa do risco do negócio. Consegue ainda impor-lhes boa parte do custo com as rápidas e contínuas transformações reclamadas pelos sistemas de especialização flexível.<sup>4</sup> E, no limite, em fases de reestruturação do negócio, pode expeli-los da rede, transferindo-lhes os ônus dessa reestruturação, cortando a carne alheia, ao invés da própria.

Como não poderia deixar de ser, esse estado de coisas revela-se potencialmente conflitual, sobretudo em períodos de acelerada modificação do ambiente econômico, em que às empresas se coloca a alternativa entre mudar ou morrer, engolir ou ser engolido, incorporar ou ser incorporado.<sup>5</sup> É o que, por sinal, temos assistido no Brasil, desde a década de noventa, não sendo de surpreender, pois, que tenha havido uma multiplicação das disputas entre os integrantes das grandes redes empresariais, conflitos esses que, não raro, assumem uma dimensão coletiva.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> O fenômeno da integração “a montante”, isto é, da integração de diversas unidades produtoras de menor porte sob a batuta de uma grande empresa é freqüentemente observável no setor agrário. A matéria foi objeto de recente reportagem publicada na Gazeta Mercantil - Paraná, de 18.02.99, p. A-9, que faz um relato dos conflitos envolvendo produtores de fumo e as grandes indústrias de cigarros, que controlam o escoamento da praticamente totalidade da produção, impondo padrões de qualidade, preços, quotas etc.

<sup>2</sup> Nesse sentido, Calixto Salomão Filho, *O novo Direito Societário*, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 35. François Chesnais, *A mundialização do capital*, São Paulo, Xamã, 1996, p. 69, compara esse tipo de empresa a um “regente de orquestra”. Mais adiante, este autor identifica o fenômeno das empresas-rede, cujos rendimentos estão atrelados aos resultados das atividades de outras empresas, transfigurando-se assim de entidades produtoras de bens e serviços diretamente fornecidos a consumidores finais em entidades cujas receitas constituem-se basicamente dos pagamentos relacionados à exploração de bens imateriais licenciados a terceiros (p. 78).

<sup>3</sup> Vital Moreira, *A ordem jurídica do capitalismo*, Coimbra, Centelha, 1978, p. 163.

<sup>4</sup> A especialização flexível é a resposta das estruturas industriais às mutáveis exigências do mercado, caracterizada pela capacidade de alterar os produtos com grande velocidade e menores custos. Contrasta com a produção em série rígida do tipo fordista, resumida, por sinal, numa frase atribuída ao próprio Henry Ford: “Os consumidores podem adquirir um veículo Ford de qualquer cor, desde que seja preta”.

<sup>5</sup> Arma importante nessa luta é a redução de custos empresariais, tanto os internos – e eis aí o que, nos EUA, tem-se denominado *downsizing* -- como os externos, o que, neste último caso, implica maior pressão sobre fornecedores de bens e serviços.

<sup>6</sup> Testemunho disso são notícias estampadas no jornal Gazeta Mercantil (edição de 10.02.98, p. A-10), que dão conta de movimentos nacionais de distribuidores e ex-distribuidores de veículos automotores e de cervejas que se voltam, ora coletivamente, ora individualmente, contra os fabricantes, irrogando-lhes as mais diversas acusações: reestruturações de redes de distribuição que implicam diminuição sensível do número de distribuidores, sem qualquer compensação ou indenização dos excluídos; transformação dos distribuidores em mercado cativo dos fabricantes, sem que estes colaborem eficazmente no desenvolvimento de um mercado consumidor; endividamento progressivo dos distribuidores perante os mesmos fabricantes (ou instituições financeiras a eles ligadas); desrespeito de cláusulas de exclusividade pelos fabricantes. Esses conflitos têm desaguado no Judiciário e também nas instâncias administrativas responsáveis

Tudo isso está a denotar a necessidade de se conferir à matéria um tratamento jurídico que transcenda o esquematismo do intercâmbio bilateral de prestações, e considere o fenômeno integrativo, tanto em seus reflexos sobre a relação bilateral, como em suas projeções multilaterais, no ambiente da rede de distribuição.

Com essas considerações, passamos a resumir a trajetória a ser seguida ao longo deste trabalho. Procederemos, inicialmente (capítulo I), à descrição dos tipos contratuais integrantes do microssistema<sup>7</sup> dos contratos de distribuição, cuidando dos contratos de agência, concessão comercial e franquia,<sup>8</sup> com a cautela de não ceder à tentação de vestir esses tipos contratuais, especialmente os dois últimos, com o traje apertado dos velhos institutos.

Convém deixar claro que serão objeto de maior preocupação no presente estudo os tipos distributivos relacionados mais de perto ao fenômeno da integração empresarial, nomeadamente os contratos de franquia e concessão comercial. E isso em virtude de tais contratos ainda carecerem, no plano doméstico, de modelos regulativos estabelecidos por lei,<sup>9</sup> muito embora possuam tipicidade social. Já o contrato de agência, com modelo regulativo plasmado em lei, não será submetido a um exame mais analítico, servindo mais como um parâmetro para a busca de soluções jurídicas apropriadas aos demais contratos.

Mas, como assinalado, a existência da rede de distribuição sugere uma ótica que transcenda à relação bilateral entre principal e distribuidor, e considere a pluralidade de relações enfeixadas na rede. Em razão disso, dos problemas emergentes dos contratos

---

pelo controle e punição de atos que configuram abuso de poder econômico, nomeadamente a Secretaria de Direito Econômico e o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. Também a respeito dos conflitos intra-rede que assumem uma dimensão coletiva, reportagens do mesmo jornal, edições de 15.11.98, p. A-9, 18.02.99, p. A-9, 28.06.99, p. A-10, 19.01.00, p. A-10, 03.05.00, p. A-12, 27.07.00, p. A-13. Evidentemente, com base no teor dessas notícias, não se pode formar qualquer juízo a respeito de estar ou não devidamente caracterizada conduta abusiva. O que importa, aqui, é apenas dar exemplos do que parece ser uma maré montante de litígios envolvendo as empresas integradas em redes.

<sup>7</sup> Voltaremos à questão dos microssistemas contratuais no curso do trabalho. Por ora, basta dizer que a teoria dos microssistemas, desenvolvida fundamentalmente por Natalino Irti, na Itália, em, dentre outros tantos trabalhos, *Leggi speciali: dal mono-sistema al poli-sistema*, *Rivista di Diritto Civile*, a.XXV, n. 2, p. 141-153, mar./abr. 1979, oferece apoio para o reconhecimento de famílias contratuais, como, no caso, a família dos contratos de distribuição, e, em termos mais práticos, facilita a extensão de certas soluções jurídicas dentro do âmbito do microssistema em questão.

<sup>8</sup> A inclusão da franquia como uma espécie de contrato de distribuição está a merecer, desde já, uma justificativa. Conquanto, como veremos, o contrato de franquia possa constituir-se em meio não apenas para a comercialização de bens de terceiros (às vezes, sequer fornecidos pelo franqueador), mas também para a comercialização de bens produzidos pelo próprio franqueado e para a prestação de serviços, parece-nos que, num sentido mais abrangente, desempenha, mesmo assim, uma função eminentemente distributiva. Deveras, com a formação de uma rede de franquias, busca o franqueador, basicamente, multiplicar seus canais de acesso ao consumidor. Acresce, e isso nos parece decisivo, que os principais problemas jurídicos que defluem da relação de concessão também se encontram presentes na franquia, ainda que mais complexa esta última relação jurídica.

<sup>9</sup> No tocante aos contratos de concessão comercial, apenas a concessão comercial para distribuição de veículos automotores é regulada por lei, no caso, a Lei nº 6.729/79, já relativamente aos contratos de franquia, a lei em vigor (Lei nº 8.955/94) dispõe apenas sobre a obrigação pré-contratual, a cargo do franqueador, de prestar informações ao interessado em ingressar na rede sobre as principais características do negócio, sem chegar a estabelecer um modelo regulativo, ainda que de caráter dispositivo.

de distribuição, coletivamente considerados, cuidará o capítulo II. Nessa perspectiva, tentaremos dar conta das seguintes questões: a qualificação jurídica do fenômeno grupal da rede; o poder de controle exercido pelo principal, sua extensão e as responsabilidades daí advindas, perante os distribuidores e terceiros; as relações entre os distribuidores. A partir desse ponto-de-vista surgem questionamentos interessantes acerca do sentido do princípio da relatividade dos contratos nas relações entre distribuidores (poderia um distribuidor exigir do outro o respeito à cláusula de exclusividade que consta dos diversos contratos celebrados com o principal?), e da possível caracterização de um fundo de comércio grupal, ou, quando menos, de um aviamento comum aos diversos fundos de comércio.

Passo seguinte, serão objeto de nossa atenção, no capítulo III, as cláusulas típicas ou, quando menos, usuais aos contratos de distribuição, para cuja análise teremos em conta não apenas seus reflexos bilaterais (na relação entre principal e distribuidor) e multilaterais (na relação entre os diversos distribuidores), mas também os de cunho concorrencial (de ordem pública, portanto).

O núcleo do trabalho (capítulo IV) consiste no estudo do término do contrato de distribuição, seja na forma de denúncia do contrato por tempo indeterminado, seja como recusa em renovar contrato por tempo determinado, seja finalmente na forma de resolução do contrato, por ilícito contratual. Será matéria de discussão o sentido, o alcance e os limites de um dos princípios mais caros à dogmática privatista, o da não-perpetuidade das relações contratuais. Esse princípio aplica-se notadamente aos contratos por tempo indeterminado, possibilitando sua denúncia a qualquer tempo, independentemente de motivação, sem que isso implique responsabilidade para o denunciante. Todavia, como veremos, a influência de outros princípios (especialmente o da boa-fé), bem como a necessidade de proteção de outros bens jurídicos relevantes, vêm multiplicando as derrogações legais e jurisprudenciais ao referido princípio, quer quanto ao modo de seu exercício (observância de aviso-prévio, escoamento do tempo necessário à consecução do objeto contratual), quer quanto à necessidade de indenização da outra parte, quer ainda quanto, hipótese mais radical, à própria impossibilidade de exercício imotivado do poder de denunciar o contrato.<sup>10</sup> Ademais, para além das questões dos limites ao exercício das prerrogativas relacionadas à terminação

---

<sup>10</sup> Que se verifica, por exemplo, quando estão em jogo bens de interesse vital ou existencial (como a saúde), que são objeto dos denominados contratos cativos de longa duração. A propósito, regulando os contratos de seguro-saúde, a Lei nº 9.656/98 (com redação modificada pela Medida Provisória nº 1.685 e sucessivas reedições) impõe a renovação automática destes a partir do vencimento do prazo contratual (art. 13); além disso, relativamente aos planos e seguros individuais ou familiares, veda, dentre outras práticas a denúncia unilateral do contrato por parte da prestadora dos serviços, salvo hipótese de fraude cometida pelo usuário ou não-pagamento da mensalidade por período superior a 60 dias (art. 13, parágrafo único, II, b); mas, mesmo em tais casos, a denúncia unilateral não é possível durante o período de internação do usuário (art. 13, parágrafo único, II, c). Sobre a proteção de certos direitos existenciais e a estabilidade de contratos que sobre eles incidem, v. Ricardo Luis Lorenzetti, *Fundamentos do Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 369, e Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3 ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, p. 538.

do contrato e da indenização do distribuidor, será discutida a possibilidade de compensação deste pelos benefícios que sua atividade incorporar à rede.

Antes de palmilharmos a trilha anunciada, cremos não seja supérfluo expor algumas das premissas metodológicas e axiológicas que permeiam o texto a seguir. Nesse sentido, cumpre esclarecer que, sem prejuízo da abordagem dogmática que norteia a realização deste estudo, procuramos não descurar da realidade sócio-econômica.<sup>11</sup> E, quando falamos em abordagem dogmática, é preciso dizer qual o alcance atual dessa dogmática. De um lado, o quadro normativo que se apresenta ao intérprete-aplicador está muito longe do paradigma oitocentista. As grandes codificações vão perdendo seu papel central e organizador do sistema, a ponto de se questionar sua utilidade atual.<sup>12</sup> Em seu lugar, há uma floração de diplomas que consagram idéias e princípios com freqüência antagônicos àqueles que informaram os códigos oitocentistas, os quais vão formando aquilo que alguma doutrina passou a denominar “microssistemas jurídicos”, os quais, acumulando novas soluções, podem provocar, na transformação do quantitativo em qualitativo, uma mudança de todo o sistema jurídico.<sup>13</sup> Esses diplomas,

<sup>11</sup> “L’esperienza giuridica” assinala Pietro Perlingieri, *Il Diritto Civile nella legalità costituzionale*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 1991, p. 41, “si esprime sempre come dialettica fra la norma e i rapporti socio-economici, fra l’aspetto formale ed il profilo sociale”.

<sup>12</sup> Do que é testemunho a discussão acerca da real necessidade de um novo Código Civil brasileiro

<sup>13</sup> A propósito dos microssistemas, é digno de nota o fenômeno da multiplicação das leis extravagantes voltadas à regulação de relações privadas, especialmente no que tem de centrífugo relativamente à disciplina geral abrigada nos códigos. Para um panorama histórico do problema, Antunes Varela, *O movimento da descodificação do Direito Civil*, in *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira*, São Paulo, Forense, 1984, p. 499-531. Nesse trabalho, o autor focaliza o apogeu e declínio do movimento codificador, assim esquematizado: domínio do código, que coexistia com poucas leis especiais, as quais desenvolviam seus princípios; multiplicação das leis especiais no período de maré montante do intervencionismo; surgimento das Constituições sociais, que aportam novos princípios, concretizados em leis especiais que se afastam da disciplina do código, passando a refletir interesses de grupos específicos (p. 501 e seguintes). A perda de centralidade dos grandes códigos privados, principalmente dos códigos civis, não decorre apenas da preeminência das Constituições contemporâneas no estabelecimento das grandes linhas que devem orientar a construção e interpretação do ordenamento privado, mas também -- e talvez principalmente -- da floração de diplomas que, atentos aos interesses e necessidades de grupos sociais específicos (trabalhadores, consumidores, locatários, agricultores) vão subtraindo institutos inteiros à incidência das normas gerais codificadas. Assim, a idéia de um núcleo do Direito Privado -- consubstanciado no Código Civil -- em torno do qual orbitariam algumas poucas leis especiais fiéis aos seus princípios, vai sendo substituída pela de um ordenamento constituído por diversos microssistemas, cada qual com princípios próprios hábeis a propiciar a integração de suas lacunas, transformando-se o código de lei geral em lei residual, que se torna aplicável apenas quando o microssistema exaure sua capacidade auto-integrativa. Parte da doutrina identifica os microssistemas como agregados normativos que conferem tratamento transversal a um determinado setor da realidade. Assim, por exemplo, a problemática atinente ao consumidor é tratada, em um único diploma, sob a ótica contratual, administrativa, processual e penal. Nesse sentido, Gustavo Tepedino, *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 209. Optaremos, todavia, por uma definição mais genérica, abrangendo na noção de microssistemas os diplomas que, num movimento centrífugo, vão conferindo a diversos institutos, tratamento diverso daquele disciplinado pelos códigos centrais (civil e comercial), ou ainda que regulam institutos e contratos estranhos aos códigos; ora, portanto, num movimento de subtração de institutos antes abrigados na codificação, ora de inovação naquilo em que os códigos eram omissos. Na cena jurídica italiana, consoante já referido, o assunto foi abordado por Irti, *Leggi speciali ....* Nesse trabalho, o jurista discorre sobre a “idade da descodificação”, isto é, os trinta anos após a segunda guerra nos quais a legislação extravagante foi avançando sobre a matéria própria ao Código Civil, portando novos princípios e passando a formar microssistemas, cada qual informado por uma lógica e significados próprios, passíveis de expansão e, mesmo, de generalização. Essas tendências se fazem sentir de modo especial em matéria de contratos. Deveras, a doutrina tem apontado a perda de centralidade da disciplina do contrato em gênero e de alguns tipos contratuais codificados, com crescente desenvolvimento de disciplinas setoriais e criação de microssistemas contratuais. A propósito, Enzo Roppo, I ‘nuovi contratti’ fra autonomia privata e interventi del legislatore, in *Lezioni di Diritto Civile*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 1993, p. 255-272, p. 263, François Collart Dutilleul e Philippe Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, 2. ed., Paris, Dalloz, 1993, p. 6. No Brasil, o exemplo mais recente desse fenômeno diz respeito aos contratos de prestação de serviços de saúde, regulados pela Lei 9 656/98. É interessante, aliás, observar que esses contratos já eram abarcados pelo microssistema centrado no Código do Consumidor, e, sem embargo disso, pressões sociais levaram à emergência de um novo microssistema contratual,

em geral, partem de uma visão mais concreta do homem, por contraste à abstração do sujeito de direito que habita as codificações clássicas. Porém, isso não significa que, no lugar de um sistema, passem a existir apenas microssistemas, a afastar qualquer possibilidade de um enfoque e operação unificados do ordenamento. Realmente, apresenta-se um novo estatuto totalizador, uma nova “cola” para a miríade de leis que surgem para atender às mais diversas demandas de grupos da sociedade civil. É a Constituição, que, de estatuto jurídico do político, passa a desempenhar um papel bem mais abrangente, abrigando os princípios e valores que devem irradiar-se por toda a legislação infraconstitucional,<sup>14</sup> seja ela pública, seja ela privada.<sup>15</sup> A centralidade constitucional, porém, não tem o mesmo caráter da centralidade tradicionalmente exercida pelos códigos privados, especialmente os civis: esta repousava em conceitos e tipos legais bem delineados, dando ensejo a um método de trabalho axiomático-dedutivo, que tinha por premissa um sistema fechado; aquela, pelo contrário, assenta em normas de textura aberta, como são os princípios, as quais, para seu preenchimento, impõem uma constante atenção aos fatos sócio-econômicos que estão fora do sistema. Evolui-se, pois, de um sistema conceitual a um sistema principiológico. Acresce que não é só no plano constitucional que adquirem preponderância as normas de textura aberta. A legislação ordinária, a par de disposições casuísticas, de tipos legais bem delineados,

---

ainda que tributário daquele outro. Por conta disso, as normas de aplicação geral abrigadas nos códigos cedem passo a um número cada vez maior de exceções. Esse fenômeno quantitativo, digamos assim, pode levar a uma modificação qualitativa, quando a legislação especial passa a ter uma eficácia expansiva, isto é, fornece novos princípios, que, num primeiro momento, podem ter sua aplicação limitada a uma família de contratos, e, depois, ganhar uma expressão mais geral, posicionando-se ao lado dos princípios gerais oriundos da codificação ou mesmo substituindo-os. Fenômeno que é bem retratado por Jacques Ghestin, *Traité de Droit Civil: la formation du contrat*, 3. ed., Paris, LGDJ, 1993, p. 84: “D’une somme de solutions particulières allant dans le même sens se dégagera un nouveau droit commun, dont la systématisation pourra conduire à remettre en cause certains principes essentiels tels que le consensualisme ou l’autonomie de volonté, ou même à s’interroger sur la notion du contrat. Il en résulte que la théorie générale du contrat exige aujourd’hui de se référer souvent au droit spécial des différents contrats”. Na mesma linha, Catherine Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du Droit des Contrats*, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, a. 96, n. 2, p. 357-385, abril/jun. 1997, p. 373, para quem, ao invés de um aumento de exceções aos princípios seculares, parece preferível “un changement en expansion, susceptible d’élargir le cadre référentiel de la théorie générale pour lui permettre d’accueillir les règles contractuelles des droits spéciaux et de leur insuffler son esprit renouvelé”. Vislumbra-se aí, como já dito, um fenômeno dialético no qual as grandes sínteses operadas pelos códigos deixam de responder à realidade sócio-econômica, que passa a ser traduzida nas normas inscritas na legislação extravagante, cuja esfera de abrangência vai sendo ampliada até ameaçar a sobrevivência das antigas normas gerais e, eventualmente, torná-las superadas, operando novas sínteses. Caso paradigmático dessa dinâmica, na qual as normas (princípios e regras) veiculadas em legislação especial são dotadas de uma virtualidade expansiva, se apresenta em matéria de Direito do Consumidor, que, para Denis Mazeaud, *L’attraction du Droit de la Consommation*, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, a. 51, n. 1, p. 95-114, jan./mar. 1998, p. 95, tem a característica de um “droit militant et conquérant”. Com efeito, a legislação voltada à proteção do consumidor acolhe muitas das linhas evolutivas dos contratos, especialmente no que diz respeito à renovada preocupação com a justiça comutativa nos contratos, eclipsada, desde o século passado, pelo dogma da autonomia de vontade. O Direito do Consumidor assume, pois, uma posição de vanguarda no ordenamento jurídico, no sentido de, de um modo ou de outro, “contaminar” com suas inovações as demais searas do Direito Privado, insuflando-lhes os valores básicos sobre os quais se encontra estruturado, tendência muitas vezes mascarada com o expediente de se tornar mais elástico o conceito de “consumidor”. É interessante notar que, ao tempo em que os valores predominantes eram diversos -- segurança jurídica e rapidez no tráfico econômico -- essa posição foi assumida pelo Direito Mercantil

<sup>14</sup> Trata-se aí do fenômeno que se tem denominado constitucionalização do Direito Civil (ou, de forma mais ampla, do Direito privado). Nessa linha, é importante ter em conta a renovação dos estudos privatistas, fundada nos princípios e valores constitucionalizados, fio condutor da reflexão de autores como Perlingieri, *Perfis do Direito Civil* introdução ao Direito Civil Constitucional, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, e *Il Diritto Civile ...*, Luiz Edson Fachin, em obras coletivas como *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, primeira materialização de resultados do Projeto Virada de Copérnico, desenvolvido no âmbito da Pós-Graduação da UFPR) e Gustavo Tepedino, nos diversos artigos que integram o livro *Temas de Direito Civil*

<sup>15</sup> Dicotomia que, por sinal, vai perdendo força, com o esvanecimento das fronteiras entre o Direito público e o Direito privado



passa a acolher cláusulas abertas, caso paradigmático da função social e da boa-fé objetiva, as quais também convidam -- ou melhor, impõem -- a uma maior abertura para a realidade sócio-econômica. Tudo isso vai provocando um lento trabalho de renovação metodológica, o qual, sem abandonar a metodologia que gira em torno da subsunção do caso concreto ao tipo legal, bem como o esforço contínuo de sistematização dos componentes da ordem jurídica, incorpora elementos tópicos ao instrumental do jurista, indispensáveis ao trabalho com princípios e cláusulas gerais. Tem-se, aí, portanto, uma dogmática ampliada, que não se recusa a operar com princípios e cláusulas gerais, instrumentos por excelência de uma incessante comunicação entre o social e o jurídico. A premissa dessa dogmática não é a existência de um sistema jurídico fechado e estático, mas, contrariamente, de um sistema aberto e móvel, no sentido de que, a partir dos influxos sócio-econômicos que nele penetram por intermédio das normas de textura aberta, está em constante mudança e ressystematização.

No que tange especialmente aos contratos, superado o voluntarismo em suas manifestações mais radicais, o Direito dos Contratos passa a ser estruturado em torno de três princípios: autonomia privada, boa-fé,<sup>16</sup> e justiça contratual.<sup>17 18</sup> Ao intérprete-

<sup>16</sup> Importa registrar que à expressão “boa-fé” têm sido atribuídos, basicamente, dois significados jurídicos diversos. No primeiro, diz respeito ao estado psíquico de ignorância excusável de um sujeito, relativamente a obstáculo posto à validade/eficácia de um ato jurídico, em que é parte ou interessado, ou à posse de um bem. Utilizam a expressão com esse significado, dentre outros dispositivos do Código Civil, os arts. 490 (posse de boa-fé) e 1.318 (efeitos da revogação do mandato perante terceiros de boa-fé). Numa segunda acepção, que é a que nos interessa, caracteriza-se, no magistério de Judith Martins Costa, O Direito Privado como um ‘sistema em construção’: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro, Revista dos Tribunais, , a. 87, v. 753, jul. 1998, p. 24-48, como uma cláusula geral, isto é uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela extensão do seu campo semântico (p. 29), cuja abertura proporciona um trânsito contínuo de valores sociais para o sub-sistema jurídico (p. 34), dotada de virtualidades hermenêuticas e construtivas do conteúdo das relações jurídicas, especialmente das relações jurídicas contratuais. Trata-se, aí, da chamada boa-fé objetiva, que vem assumindo relevância cada vez maior no Direito Contratual. E suscitando reações díspares. De um lado, o temor de que sua vagueza possibilite a intervenção judicial arbitrária na economia do contrato, ironizado por Jorge Mosset Iturraspe, Interpretación económica de los contratos, Santa Fé, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 179: “La buena fe es, innegablemente, una categoría invasora. Su incorporación equivale a la apertura de la jaula que guarda la fiera; luego es posible ‘cualquier cosa’, avanza y avanza ...”. De outro, a aposta extremada dos que nela vêm a panacéia para todos os problemas contratuais, invocando-a mais como fórmula mágica do que jurídica, excessos contra os quais adverte Clóvis do Couto e Silva, A obrigação como processo, São Paulo, José Bushatsky, 1976, p. 41. No campo especificamente contratual, o princípio da boa-fé objetiva visa preservar substancialmente, e não apenas formalmente, os interesses das partes. Assim, cumpre a cada um dos contratantes cuidar de fazer com que sua prestação crie para o outro toda utilidade que dela seria razoável esperar. Já ensinava Pothier que “s’obliger à faire quelque chose, c’est s’obliger à le faire utilement” (apud Jacques Ghestin, Traité de Droit Civil: la formation du contrat, p. 188). Nessa perspectiva, um cumprimento meramente formal da obrigação não satisfaz. “A boa fé” leciona Menezes Cordeiro, Da boa fé no Direito Civil, Coimbra, Almedina, 1983, p. 649, “não contemporiza, pois, com cumprimentos formais: exige, numa atitude metodológica particular perante a realidade jurídica, a concretização material dos escopos visados”. Por outro lado, o credor da prestação deve colaborar com o devedor, de forma que este possa adimpli-la sem excessivas dificuldades. A boa-fé, por conseguinte, fundada numa perspectiva solidarista da relação contratual, exige um intenso grau de colaboração entre as partes, em ordem ao substancial adimplemento das prestações por estas assumidas. O princípio da boa-fé objetiva cobre todas as fases do relacionamento entre os contratantes: desde as tratativas prévias ao contrato, passando pela relação contratual propriamente dita, e alcançando, finalmente, o período pós-contratual. Na fase pré-contratual, a boa-fé impõe lealdade e seriedade na condução das tratativas, oferecendo fundamento para uma eventual responsabilização de uma das partes por abandono intempestivo das negociações. Após a celebração do contrato e durante a relação contratual, o princípio da boa-fé, por diversos modos de operar, visa garantir que aquilo que foi ajustado seja substancialmente cumprido. E, uma vez cumpridas as obrigações contratuais, a boa-fé continua a produzir efeitos, agora para garantir a utilidade do que foi prestado, por meio, por exemplo, de assistência e informação a cargo do prestador. A boa-fé objetiva opera em matéria contratual como regra de interpretação do contrato, como fonte integrativa de deveres de conduta a cargo das partes e como limite às faculdades e poderes emergentes do contrato. Na primeira função, a boa-fé remete o aplicador, na busca do significado e alcance das cláusulas contratuais, a certas

aplicador, a tarefa de, no exame do caso concreto, proceder a um adequado balanceamento desses princípios,<sup>19</sup> que estão a caracterizar uma autêntica trindade contratualista, afastada, hoje, a preeminência indiscutível do primeiro.<sup>20</sup> Nessa tarefa,

---

práticas vigentes no meio social em que celebrado o acordo. Nessa condição, também implica que, dentre as interpretações possíveis das cláusulas contratuais, deve-se optar por aquela que enseje o respeito substancial do contrato, garantindo a maior efetividade das prestações. Entre nós, enquanto parâmetro de interpretação dos contratos, a boa-fé já era prevista no art. 131, n. 1, do Código Comercial. Sucede que o ambiente jurídico da época em que editada essa norma retirou-lhe todas as potencialidades. Mais modernamente, também encontrou espaço no projeto de Código Civil que se encontra no Congresso: “Art. 113 Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Para além da interpretação, a boa-fé opera na integração do contrato (conquanto se reconheça que as fronteiras entre interpretação e integração são tênues). A integração pela boa-fé é fonte de deveres de conduta que, muito embora não dispostos pelas partes, são necessários ao bom cumprimento das respectivas prestações. Esses deveres de conduta não se confundem com as prestações contratuais, principais ou acessórias, eis que não trazem novas utilidades para as partes, mas garantem aquelas emergentes das prestações acordadas. Por essa razão, seu cumprimento não é exigível de forma autônoma, e sim em função da prestação que, à míngua deles, resultará inadequadamente cumprida. Os deveres de conduta surgem não apenas no curso da relação contratual, mas igualmente nas tratativas preliminares à celebração do contrato, bem como após o cumprimento da prestação principal. Assim, durante as tratativas preliminares à assinatura do contrato, a boa-fé impõe o dever de prestar informações à outra parte, dever este que alguns diplomas legislativos têm transformado em obrigação legal, caso da Lei nº 8.955/94, que trata da “Circular de Oferta de Franquia”. No curso da relação contratual, também há o dever de informar a outra parte quanto a circunstâncias que possam afetar a qualidade ou utilidade da prestação. Impõe-se, igualmente, um dever de lealdade, que implica abstenção de qualquer ato que possa esvaziar essa mesma utilidade. Finalmente, uma vez encerrada a relação contratual, a boa-fé também exige de cada contratante que se abstenha de, por atos ou omissões, esvaziar a utilidade da prestação adimplida. Por fim, tem-se a boa-fé como parâmetro de controle do exercício de poderes emergentes da relação contratual. Aqui, não se trata de enriquecer o conteúdo da relação, por meio de deveres de conduta funcionalizados às prestações previstas no contrato, mas de evitar que um dos contratantes, pelo uso indevido de certas prerrogativas, venha a frustrar a satisfação dos legítimos interesses do outro. De modo geral, a boa-fé, com essa função limitadora, impõe uma consideração teleológica dos poderes conferidos aos particulares, para além da mera adequação formal às condições legais de seu exercício e do respeito à ordem pública e aos bons costumes. No decorrer do tempo, essa idéia foi adquirindo maior consistência, pela decantação de algumas hipóteses exemplares de exercício de prerrogativas em desacordo com a boa-fé: uma delas é veiculada pela fórmula latina *venire contra factum proprium*, a significar que o titular de uma faculdade jurídica não pode usá-la em desconformidade ou contradição com seu comportamento anterior, que despertou em outrem fundada confiança em que seria mantida certa linha de conduta, outra, envolve casos em que o exercício do direito não traz qualquer utilidade palpável ao seu titular, mas vem a prejudicar o outro contratante; uma terceira situação, muito próxima à anterior, e bem mais relevante para os propósitos deste trabalho, respeita ao uso desproporcional de poderes, em que o benefício alcançado pelo seu detentor é muito inferior ao prejuízo causado à outra parte.

<sup>17</sup> Boa-fé e justiça contratual não se confundem, embora, não se pode negar, sejam fluídas as fronteiras entre esses princípios. Ao passo que, como assinalado, a boa-fé visa preservar a substância do acordo, de forma que cada uma das partes possa tirar da prestação que lhe é devida a utilidade esperada, a justiça contratual, por sua vez, vai mais além, dando instrumentos para a correção ou mesmo cancelamento do acordo, caso provoque um sério desequilíbrio entre as partes. A boa-fé, mesmo quando desempenha função integradora, nada mais faz senão desenvolver e reforçar a relação contratual, pela imposição de deveres de conduta, na direção projetada pelas partes. A justiça contratual vai além, podendo levar à correção do acordo, caso se revele lesivo a uma das partes. Esse princípio, portanto, pode dar fundamento a soluções que invalidem, total ou parcialmente, o que fora avençado pelos contratantes. Daí, por conseguinte, ser necessária muito mais prudência na sua aplicação, especialmente quando delegada, por meio de cláusulas gerais, ao Poder Judiciário.

<sup>18</sup> Leitura indispensável para todos aqueles que queiram aprofundar o estudo da matéria, o livro de Fernando Noronha, *O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais* (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual), São Paulo, Saraiva, 1994.

<sup>19</sup> Para Clóvis do Couto e Silva, *O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português*, in *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*, Vera Maria Jacob de Fradera (org.), Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p. 43: “Vigora, no caso, uma solução de compromisso ou transacional pela admissão de mais um valor autônomo [o autor refere-se à boa-fé] no sistema da relação obrigacional”. Nessa perspectiva, cabe ao aplicador do Direito, ao julgar o caso concreto, sopesar os princípios, evitando soluções extremadas que levem ou a uma leitura formalista do contrato ou, no extremo oposto, a um desenfreado decisionismo judicial, em que a vontade manifesta das partes e a letra da lei são postas de lado em favor de posturas subjetivas do julgador sobre o que seria a solução mais justa para o conflito de interesses que lhe é submetido.

<sup>20</sup> Basta considerar, na fundamentação desse asserto, o avanço dos demais princípios na legislação extravagante e no histórico reduto da autonomia privada, que é o Código Civil. No Brasil, o melhor testemunho dessa tendência de recuperação dos princípios da boa-fé e da justiça contratual consiste na legislação protetiva do consumidor, em especial, no Código do Consumidor (Lei nº 8.078/90). Desse estatuto, merecem ser citados os seguintes dispositivos: dentre os princípios da Política Nacional de Relações de Consumo, elenca-se a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo sempre com base na boa-fé e equilíbrio (art. 4º, III, *in fine*); na sequência, como direito básico do consumidor, menciona-se “a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas” (art. 6º, V), no art. 39, V, arrola-se como prática abusiva “exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva”; são consideradas cláusulas abusivas

deve lançar mão do que poderíamos chamar de metaprincípio da proporcionalidade, que, para além de sua conhecida utilidade nas searas constitucional e administrativa, de onde é originário, pode desempenhar função de relevo no trato dos conflitos entre particulares e, em especial, na avaliação do uso concreto das prerrogativas conferidas a particulares.<sup>21</sup> A relação entre os diversos princípios não é fixa, hierarquizada, mas dinâmica, de tal sorte que diversas combinações entre eles se podem configurar no caso concreto, ensejando soluções de compromisso. Seu campo de aplicação preferencial -- o universo dos contratos -- é compartilhado e entre eles não há uma hierarquia, mas um jogo que somente se resolve, isto é, alcança um determinado ponto de equilíbrio, na solução de cada problema concreto submetido à apreciação do jurista. Nessa ordem de idéias, revelam-se questionáveis as invocações unilaterais de um ou outro princípio, sem o exame dos demais potencialmente aplicáveis à espécie.

Mas, para além do jogo concertado de princípios contratuais, o significado e alcance de cada princípio vai sofrendo os influxos das intensas e velozes modificações pelas quais tem passado nossa sociedade. É bem o caso da autonomia privada, que deixa de ser enfocada *sub specie aeternitatis*, assumindo-se sua historicidade e seus avatares, ao ponto de, hoje, falar-se, o que não teria qualquer sentido para um jurista do oitocentos, em autonomia privada coletiva, fruto da emergência de atores coletivos no cenário contratual. Daí falar-se, com certa freqüência, em crise do instituto contratual, o

---

aquelas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (art. 51, IV); por fim, para além dos tipos de cláusulas abusivas expressamente elencados no art. 51, em preceitos que abrigam cláusulas gerais e conceitos indeterminados, tem-se o § 4º do mesmo dispositivo, que dá margem para o reconhecimento de nulidade de cláusula que “de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes”.

A preocupação com o equilíbrio contratual também se faz sentir, em hipóteses que não se qualificam como relações de consumo, na Medida Provisória nº 1.820, de 05.04.99 (que vem sendo reeditada desde então), a qual considera nulas de pleno direito as estipulações usurárias, assim consideradas as que estabeleçam “nos negócios jurídicos não disciplinados pelas legislações comercial e de defesa do consumidor, lucros ou vantagens patrimoniais excessivos, estipulados em situação de vulnerabilidade da parte, caso em que deverá o juiz, se requerido, restabelecer o equilíbrio da relação contratual, ajustando-os ao valor corrente, ou, na hipótese de cumprimento da obrigação, ordenar a restituição, em dobro, da quantia recebida em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido” (art. 1º, II). Dispõe ainda o parágrafo único do mesmo dispositivo que, para “a configuração do lucro ou vantagem excessivos, considerar-se-ão a vontade das partes, as circunstâncias da celebração do contrato, o seu conteúdo e natureza, a origem das correspondentes obrigações, as práticas de mercado e as taxas de juros legalmente permitidas”.

Refira-se, por fim, que, em contraste com o silêncio do Código Civil em vigor, o projeto do Código Civil, que aguarda aprovação no Congresso, é pródigo em dispositivos que tratam do equilíbrio contratual e da boa-fé. Do equilíbrio genético, tratam as normas inscritas nos arts. 156 (estado de perigo) e 157 (lesão) do texto do projeto. Por sua vez, ao equilíbrio funcional nos contratos de execução continuada ou diferida, refere-se o art. 478, que encampa a teoria da imprevisão. Já no tocante à boa-fé (objetiva), esta, além de desempenhar a função de parâmetro na interpretação dos negócios jurídicos em geral (art. 113), deve ser observada tanto na conclusão do contrato, como na sua execução, consoante preceitua o art. 422.

<sup>21</sup> Alguns exemplos ilustram tal proposição. Em matéria de uso da propriedade, as prerrogativas do proprietário vão perdendo o caráter absoluto que lhes fora conferido pelas primeiras codificações e afirmado pela doutrina, de sorte que o proprietário não pode, com um ato que lhe traz uma vantagem mínima, acarretar grandes prejuízos a terceiros (Perlingieri, *Perfis* .., p. 234). Quanto ao poder de resolução dos contratos, matéria que nos interessa mais de perto, o seu uso se afigura excessivo quando houver inadimplemento mínimo da obrigação assumida pela outra parte. O mesmo se diga em tema de denúncia dos contratos, cuja regularidade, como veremos adiante, também é aferível a partir do sopesamento dos interesses em jogo. Percebe-se, pelos exemplos fornecidos, que a idéia de proporcionalidade informa algumas construções privatistas, como a teoria do abuso de direito e o princípio da boa-fé, que estão por trás das soluções referidas.

que, mais do que sua derrocada, está a denotar sua adaptação ao ambiente sócio-econômico que vivenciamos.<sup>22</sup>

Digna de referência, ainda, a concepção dinâmica do vínculo obrigacional, especialmente pelas conseqüências que dela se extraem em termos de manutenção do equilíbrio funcional, e não apenas genético, entre as partes, e da necessidade de maior colaboração no atingimento das finalidades substanciais do contrato, donde emergem diversos deveres de conduta para os envolvidos, a impor lealdade e proteção dos interesses de cada qual.<sup>23</sup> Em síntese, a partir do enfoque dinâmico, a relação obrigacional ganha tanto em complexidade, como em flexibilidade.

Por fim, de acordo com uma metodologia tipológica,<sup>24</sup> sobre a qual teremos mais a dizer adiante, nossa proposta não é tanto isolar cada contrato a partir de um seu conceito de contornos rígidos, mas, sim, inseri-lo numa ordenação de tipos contratuais, em que

<sup>22</sup> A afirmação de que a teoria clássica dos contratos, fundada no império da vontade individual, entrou em crise, isto é, ficou em descompasso com a evolução sócio-econômica, é quase um lugar comum doutrinário. De outra banda, também são freqüentes -- e acertadas -- as lições no sentido de que não se trata propriamente de crise do instituto contratual, mas, sim, de superação de um modelo contratual informado pela ideologia liberal dos séculos XVIII e XIX. A propósito, Enzo Roppo, *O contrato*, Coimbra, Almedina, 1998, p. 347. Nessa perspectiva, o contrato, enquanto técnica de regulação social modelada pelos próprios partícipes da relação econômica a ser regulada, ou, pelo menos, por um deles, subsiste, mas com modificações que, como dissemos, talvez o tornassem irreconhecível ao olhar dos juristas do século passado.

<sup>23</sup> A visão estática centra-se basicamente na posição inicial assumida pelas partes contratantes, valorizando o equilíbrio genético dos interesses contrapostos e a higidez da manifestação inicial de vontade. Por sua vez, a perspectiva dinâmica enfoca o contrato como um **processo** no qual deverá ser dada satisfação aos interesses de cada uma das partes, processo no evoluir do qual, somando-se às prestações prometidas inicialmente, surgem deveres de conduta tendentes a garantir a efetividade e utilidade dessas prestações. Afirmar que a obrigação é um processo significa reconhecer, nas palavras de Clóvis do Couto e Silva, *A obrigação como processo*, p. 10, “o ser dinâmico da obrigação, as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência”. Com isso, a relação obrigacional ganha em complexidade e em flexibilidade, tornando-se permeável e adaptável às circunstâncias externas, nova situação bem resumida por Catherine Thibierge-Guelfucci, *Libres propos ...*, p. 361: “Il en résulte une figure plus complexe, plus mouvante aussi, plus vivante et sensible à toutes sortes de variations, qu’elles soient externes comme celles de la loi applicable dans le temps ou internes comme les changements de situation de l’une des parties”. A complexidade do vínculo obrigacional se revela no surgimento de deveres de conduta antes, durante e após o término da relação contratual, deveres que envolvem atos de cooperação e proteção dos interesses da outra parte. É, por sinal, nos contratos de duração que essa complexidade se mostra por inteiro e com muito mais força expansiva, adverte Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, v. I, 10. ed., Coimbra, Almedina, 2000, p. 126.

Emblemática da visão dinâmica é a consideração das mudanças fáticas que podem alterar o equilíbrio inicial das prestações contratadas. Pouco importando aqui o fundamento teórico de que se lance mão (cláusula *rebus sic stantibus*, teoria da imprevisão, teoria da pressuposição, teoria da base negocial etc), o importante é o reconhecimento de um direito à revisão do contrato, quando este, por razões estranhas às partes, se afasta da situação de equilíbrio inicialmente acordada. Entre nós, assinala-se, essa idéia recebeu expressa consagração legislativa com o Código do Consumidor. Registre-se ainda que o atribuir-se maior plasticidade à relação contratual, com sua adaptação às circunstâncias cambiantes, garante maior sobrevida ao contrato; sua resolução fica reservada apenas como último recurso (Thibierge-Guelfucci, op. cit., p. 363).

Também exsurge do enfoque dinâmico a exigência de que, devidamente articulados os interesses contrapostos das partes na fase formativa do contrato, elas passem a colaborar ativamente na consecução dos fins contratuais. A idéia de colaboração, muito explorada em matéria de contratos associativos, passa também a ter importância nos contratos de intercâmbio de prestações, e assume especial relevo em se tratando de contratos de distribuição, os quais, respeitados os interesses próprios a cada contratante, exigem um engajamento recíproco na ampliação do mercado do produto ou serviço.

<sup>24</sup> Sobre a matéria, Larenz, *Metodologia da ciência do Direito*, 2. ed., Lisboa, Gulbenkian, 1989, especialmente cap. VI, De Nova, *Il tipo contrattuale*, Padova, CEDAM, 1974, cap. III; Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos*, Coimbra, Almedina, 1995, primeira parte.

assumem importâncias as gradações, as forma intermediárias, os hibridismos, a implicar soluções igualmente graduais, combinadas, híbridas.

## CAPÍTULO 1 - OS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO: ELEMENTOS ESPECÍFICOS E COMUNS

### 1.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

Os contratos traduzem juridicamente operações econômicas, constatação bastante singela, mas da qual nem sempre são extraídas as devidas consequências em termos de, na interpretação dos dispositivos legais e contratuais, ter-se em conta a realidade econômica regulada.<sup>25</sup> Indispensável, pois, que, antes de se ingressar no exame dos diversos contratos de distribuição, tema central deste capítulo, tenha-se presente ao espírito o substrato econômico da distribuição. Trata-se, especialmente, de identificar algumas tendências do processo econômico de distribuição, já acenadas na introdução, que se refletem no instrumental jurídico que foi sendo criado para operacionalizá-lo.

Sob a ótica econômica, a distribuição é entendida como o conjunto de operações que permitem disponibilizar bens e serviços junto a consumidores profissionais e não profissionais,<sup>26</sup> ou como o complexo de atividades relativas à transferência de bens e serviços do produtor ao utilizador final.<sup>27</sup> Esse complexo envolve atos bastante heterogêneos entre si, tais como transporte, armazenamento, promoção e publicidade, e a comercialização propriamente dita (transferência da titularidade do bem), dentre outros. Distingue-se da produção, fase do processo econômico em que, pela combinação de capital, trabalho e matéria-prima, são gerados os bens a serem objeto de distribuição.

Numa perspectiva diacrônica, verifica-se que, durante muito tempo, diversos condicionamentos de ordem material obstaculizaram o desenvolvimento da atividade econômica em apreço. Deveras, no longo período que antecedeu à revolução industrial, o baixo grau de desenvolvimento das forças produtivas mantinha a produção de bens em níveis reduzidos. Somado a isso, o caráter rudimentar dos meios de transporte apresentava-se como um forte obstáculo à formação de mercados mais amplos. Nesse contexto, não havia espaço para o desenvolvimento de canais de distribuição, que se mantinham em níveis rudimentares e bastante limitados no espaço. Sucede que, à medida que o processo produtivo evolui quantitativa e qualitativamente, que cresce a concorrência entre os produtores, e que os meios de transporte passam por um rápido aperfeiçoamento, tudo isso num período de tempo relativamente curto, a função distributiva vai sendo cada vez mais pressionada. A luta pelos mercados, em escala

---

<sup>25</sup> Sem que isso implique, bem entendido, uma inversão metodológica, no sentido de sobrepor o econômico ao jurídico, como parecem sugerir algumas vertentes mais extremadas da escola da análise econômica do direito. Para uma ampla discussão da matéria, v. Pedro Mercado Pacheco, *El analisis economico del derecho: una reconstrucción teorica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

<sup>26</sup> Didier Ferrier, *Droit de la Distribution*, Paris, Litec, 1995, p. 5

<sup>27</sup> Roberto Pardolesi, *I contratti di distribuzione*, Napoli, Jovene, 1979, p. 6.

nacional e internacional, coloca em primeiro plano a necessidade de modernização das técnicas de distribuição de bens e serviços. Diante desse quadro, e sob pena de não encontrar mercado para seus produtos, o produtor não mais pode adotar uma postura passiva, aguardando que sejam-lhe feitas encomendas pelos comerciantes. Contrariamente ao que sucedeu na Idade Média, é agora ao produtor -- que de artesão passou a industrial -- que cabe tomar a iniciativa de dinamizar o ciclo econômico que vai da produção à distribuição. Para a distribuição, pena de sucumbir à concorrência, deve escolher os canais mais eficientes ao escoamento dos bens que produz. E quais são as alternativas que se lhe apresentam?

Para a distribuição dos bens que produz, o produtor pode optar por diversas modalidades de distribuição, classificáveis em dois grandes grupos: distribuição direta e distribuição indireta. Na primeira, procura transferir os bens produzidos diretamente para os usuários, podendo servir-se, para isso, de auxiliares subordinados (empregados) e não subordinados (mandatários, agentes e comissionistas). Na segunda, forma-se um circuito mais longo: a titularidade dos bens é transferida a comerciantes intermediários autônomos, os quais, por sua vez, podem colocá-los junto aos usuários ou, alongando ainda mais o circuito, transferí-los a outros comerciantes, que, finalmente, os disponibilizarão aos usuários. Naturalmente, há diversas combinações possíveis entre essas técnicas. Assim, por exemplo, os próprios comerciantes podem valer-se de agentes, subordinados ou não, para a venda porta-a-porta dos bens que adquiriram de produtores.

Durante o século passado, tendência que se refletiu nas legislações comerciais da época, a distribuição baseou-se, fundamentalmente, no comerciante autônomo, que comprava para revender, e na utilização, para venda direta, pelo fabricante ou pelo comerciante, de agentes subordinados e autônomos. Daí, por exemplo, a alusão, nos códigos comerciais oitocentistas, aos contratos de compra e venda mercantil<sup>28</sup> e às figuras dos viajantes e comissários,<sup>29</sup> e o posterior reconhecimento legal da atividade do agente comercial, que vem, pioneiramente, com o Código Comercial Alemão.

Mas essas formas de distribuição vão perdendo eficácia, à medida que o mercado se amplia progressivamente -- de regional, passa a nacional e depois a internacional -- e a concorrência se torna mais acirrada. De um lado, os laços tênues entre o produtor e os comerciantes autônomos podem ser rompidos pela ação da concorrência. Esses comerciantes não estão necessariamente comprometidos com a promoção de um determinado produto de uma determinada marca, trabalhando com uma linha de produtos mais diversificada. Nessas condições, o produtor carece de maior controle sobre o

---

<sup>28</sup> Arts 191 e seguintes do Código Comercial brasileiro.

<sup>29</sup> Arts 165 e seguintes do Código Comercial brasileiro.

processo de distribuição de seus produtos: os pedidos efetuados pelos comerciantes são aleatórios, o que torna a relação produtor-comerciante intermitente, passível de interrupção por recém-chegados ao mercado; acresce que a forma como se opera a revenda fica fora de seu alcance. Por sua vez, a distribuição direta, ainda que com o auxílio de agentes subordinados ou autônomos, se permite algum controle sobre o processo de distribuição, concentra os ônus e riscos da distribuição sobre a figura do produtor. E não estamos a falar apenas de riscos com a mora ou inadimplência de adquirentes, cobertos parcialmente pela cláusula *del credere*, mas, principalmente, dos relacionados à manutenção de uma estrutura física de distribuição, envolvendo estabelecimentos, pessoal, estoques.

Por isso, em tempos mais recentes, outras tendências têm moldado as técnicas de distribuição. Nesse sentido, de um lado, caracteriza-se uma linha evolutiva de dispersão dos ônus da distribuição, que tende a favorecer o desenvolvimento das formas de distribuição indireta. É que a ampliação territorial dos mercados, ou sua exploração mais intensiva, exige investimentos com transporte, armazenamento, pessoal, estabelecimentos de venda, que o produtor não pode ou não quer fazer. A solução para esse problema é oferecer seus produtos a comerciantes autônomos já estabelecidos ou a se estabelecerem nos diversos pontos do território que se deseja atingir, dispersando-se entre esses agentes econômicos os custos da atividade de distribuição. De outro, também se observa que a luta pelos mercados impõe a racionalização do processo de distribuição de bens e serviços. O produtor compreende que a revenda do produto ao usuário já não pode mais ser um assunto da exclusiva alçada do comerciante. De um mero adquirente de produtos para revenda, o comerciante passa a ser visto como um representante econômico do produtor junto ao mercado consumidor.<sup>30</sup> Assim, torna-se necessário ao produtor exercer um certo grau de controle sobre a atuação desse “representante”, impondo-lhe modelos de atuação no mercado, uniformizando os procedimentos de promoção dos produtos junto ao público etc. Nesse processo de racionalização, são estabelecidos mecanismos de especialização territorial e funcional da revenda. Pela primeira, o produtor fixa, com maior ou menor rigidez, os territórios de atuação de seus revendedores. Pela segunda, o produtor só outorga a distribuição dos produtos a revendedores que observem certos requisitos qualitativos, especialmente quando os bens são dotados de um grau mais elevado de tecnicidade, ou se destinam a uma clientela de mais alto poder aquisitivo.

Como resultado desse processo, os laços frouxos entre produtor e comerciante autônomo são substituídos por um relacionamento qualificado pela maior rigidez e

<sup>30</sup> Essa idéia de representação econômica, a justificar laços mais estreitos entre o produtor e o comerciante nos negócios de *vendita con esclusiva*, foi expressa por A. Sraffa, no começo deste século, em notas a decisões das Cortes italianas, consoante informa Pardolesi, *I contratti ...*, p. 162, nota 190. Cf., também, Oreste Cagnasso, *La concessione di vendita problemi di qualificazione*, Milano, Giuffrè, p. 18.



permanência, do qual ambas as partes podem extrair vantagens, mas que também lhes impõe diversos ônus. O produtor obtém maior controle sobre a atividade de distribuição, tendo condições de impor quotas de aquisição de seus produtos, técnicas de revenda, e políticas de *marketing* a serem observadas pelos distribuidores. Todavia, precisa oferecer contrapartidas aos comerciantes que se sujeitarão a esses controles e diretivas, tais como garantias territoriais e políticas de preços.

Assim, para além de uma mera sucessão temporal intermitente de operações mercantis de compra e venda entre o produtor e seus distribuidores, em que o fundamental é o intercâmbio de prestações, forma-se uma organização econômica permanente entre esses agentes econômicos, voltada à distribuição, da qual o produtor detém o controle. Caracteriza-se aí um fenômeno de coordenação da produção com a distribuição, pela integração vertical dos distribuidores à rede formada pelo produtor. Nesse processo, os distribuidores vêem reduzida sua autonomia econômica, seu poder de condução da própria atividade. Não há exagero em se afirmar que se forma uma atividade empresarial maior, que abarca a atividade empresarial do produtor e de cada um dos distribuidores. É isso que se tem denominado empresa em rede.<sup>31</sup>

Aí está, ainda que de forma bastante esquemática, o substrato econômico que deflagra o surgimento de novos tipos contratuais, haja vista a insuficiência do tipo legal da compra e venda mercantil para dar conta da complexidade das novas relações entre produtores e distribuidores. Deveras, se o processo econômico de distribuição ainda se traduz pontualmente em operações de compra e venda entre o produtor e o distribuidor (em se tratando de distribuição indireta), essas operações, de um lado, nem esgotam a relação entre as partes, que passa a ser muito mais complexa, e, de outro, podem até não ser necessárias para a qualificação de um contrato de distribuição (como veremos, há contratos de distribuição que prescindem da transferência de bens ao distribuidor pelo produtor).

Feitas essas considerações iniciais, é momento de precisarmos o que, ao longo deste trabalho, chamaremos de “contratos de distribuição”. Esses contratos, enquanto gênero, abrigam todos aqueles tipos contratuais que estabelecem um vínculo duradouro de colaboração/integração entre um produtor ou fornecedor<sup>32</sup> e um agente ou comerciante autônomo, com vistas à colocação de bens ou serviços com a marca

<sup>31</sup> Para um aprofundamento da noção, Manuel Castells, *A sociedade em rede* (v. I da trilogia *A era da informação: economia, sociedade e cultura*), São Paulo, Paz e Terra, 1999. Este autor define a empresa em rede como “aquela forma específica de empresa cujo sistema de meios é constituído pela intersecção de segmentos de sistemas autônomos de objetivos” (p. 191). Para ele, trata-se da nova forma organizacional da economia informacional/global.

<sup>32</sup> Também estamos designando “produtor” e “fornecedor”, nesse contexto, o titular de bens imateriais (marcas, patentes, *know-how*) que, conquanto não os utilize diretamente, licencia o seu uso a terceiros, de forma que estes, como veremos, não apenas comercializem, mas também produzam o bem a ser comercializado, ou, no caso de serviços, sejam os responsáveis diretos pela sua prestação. Para denotar a mesma figura, especialmente no quadro mais amplo da rede

daquele no mercado. A noção não abarca as situações em que se caracteriza subordinação jurídica entre as partes, como se dá na relação de emprego. Igualmente, não apanha as relações comerciais em que o comerciante adquire aleatoriamente os bens do produtor (embora possa fazê-lo com grande frequência), como se dá com atacadistas e varejistas autônomos. Fundamentais na construção do conceito são a duração e a colaboração. O que importa é que, fazendo uso de técnicas jurídicas diversas, ambas as partes, de forma duradoura, trabalhem em conjunto e coordenadamente com o desiderato de promover a venda de bens e serviços no mercado. Pelo exposto, já se percebe que os contratos de distribuição, na acepção adotada, não retratam juridicamente o fenômeno econômico distributivo, tal como sumariamente descrito supra, em sua inteireza.

Pela sua difusão no mundo moderno, importa estudar, neste capítulo, as linhas gerais de três tipos básicos de contratos de distribuição. O primeiro deles é o contrato de agência (conhecido, entre nós, como representação comercial), pelo qual uma das partes (o agente) promove a venda dos bens da outra (produtor ou comerciante). O agente angaria clientela para o produtor, que vende o bem diretamente. Trata-se, como se vê, de modalidade de distribuição direta. No segundo -- concessão de venda -- o produtor vende o bem ao concessionário, o qual se encarrega de revendê-lo no mercado. Mas, à diferença do que ocorre em vendas normais a atacadistas ou varejistas, estabelece-se um vínculo duradouro de colaboração entre concedente e concessionário, com algum tipo de controle deste por parte daquele. No terceiro -- franquia -- a distribuição passa a abranger bens e serviços, sendo que relativamente aos bens pode ocorrer de o próprio franqueado assumir a tarefa de produzi-los, sob a supervisão do franqueador. Trata-se de uma técnica contratual muito sofisticada, que, em sua expressão mais completa, implica, por parte do franqueado, reprodução de um modelo de organização empresarial e a plena identificação com a imagem do franqueador.

Examinados esses contratos, trataremos, em seguida, de realçar aquilo que têm em comum, bem como examinaremos a possibilidade de enfeixá-los em um único microssistema, facilitando o empréstimo de soluções jurídicas de um tipo contratual para outro. Por isso mesmo, o enfoque a ser adotado, ao longo de todo o texto, é o de enfatizar as semelhanças entre os tipos contratuais, sem, é claro, descuidar das notas características de cada qual. Ao invés de compartimentos estanques e incomunicáveis, busca-se construir um espaço comum de tratamento de alguns problemas jurídicos que lhes são igualmente comuns.

Antes, porém, convém discorrer acerca de uma questão preliminar à abordagem dos referidos contratos, de natureza metodológica, apenas tangenciada na introdução.

## 1.2. O MÉTODO TIPOLÓGICO<sup>33</sup>

Se nossa atenção, nos itens subseqüentes, se concentrará na análise, conceituação e distinção de diversas espécies contratuais passíveis de enquadramento no gênero “contratos de distribuição”, é relevante explicitar-se o instrumental metodológico de que lançaremos mão nessa empreitada.

Nos ordenamentos que, a par de uma disciplina geral dos contratos, possuem regramentos específicos para determinados contratos (conhecidos, por essa razão, como contratos nominados ou típicos), problema de primeira ordem a ser enfrentado pelo aplicador do Direito consiste na qualificação das concretas relações contratuais que são submetidas ao seu exame, isto é, em verificar se estas preenchem algumas das molduras legais preexistentes, sujeitando-se, conseqüentemente, às respectivas normas, ou se, ao revés, não se amoldam a nenhum tipo contratual recepcionado em lei.

Um estilo usual de enfrentamento dessa tarefa pode ser esquematizado como segue. O aplicador, partindo da premissa de que é indispensável a presença, no caso concreto, de todos os elementos que compõem a definição legal de um contrato, trata de verificar se isso de fato ocorre no caso submetido à sua apreciação.<sup>34</sup> Se a resposta for positiva, segue-se automaticamente a qualificação da concreta relação contratual como sendo aquela definida em lei, aplicando-se a correspondente disciplina, de forma completa e linear. Do contrário, a subsunção ao tipo não se realiza e resta aplicar ao caso a disciplina geral dos contratos, e, na eventual insuficiência desta, buscar a aplicação analógica de uma específica disciplina contratual.

Tem-se aí um *modus operandi* dotado de grande rigidez, que se resolve sempre em termos de sim-ou-não, sem deixar espaço para gradações, quer na tarefa de qualificação propriamente dita, quer na subseqüente aplicação das normas correspondentes ao contrato definido em lei. Nessa perspectiva, os contratos previstos em lei são percebidos como conceitos fechados, isto é, abstrações generalizantes, dotadas de um número determinado e imutável de notas características, que devem estar todas presentes no caso concreto para que se opere a subsunção.

Esse método, conquanto ofereça uma aparente segurança aos destinatários das normas e facilidade ao seu aplicador, revela-se demasiado rígido, face à fluidez dos fenômenos contratuais com os quais este se depara no mundo dos fatos. Isso se torna

<sup>33</sup> No desenvolvimento deste tópico, seguiremos de perto as idéias expostas por Larenz, Metodologia da ciência do Direito, cap. VI, Vasconcelos, Contratos atípicos, primeira parte, e de De Nova, Il tipo contrattuale, cap. III

<sup>34</sup> “Os ‘essenciais’, no método subsuntivo, têm de estar todos presentes no caso para que possa ser operada, em termos binários, de sim ou não, a subsunção. A falta de um que seja, opera a exclusão” (Vasconcelos, op. cit., p. 6)

ainda mais patente, quando se considera o descompasso entre o ritmo de produção dos tipos contratuais legais e o de surgimento e desenvolvimento dos tipos contratuais sociais. Esses últimos são fruto da dinâmica da economia moderna, que raras vezes é acompanhada de perto pela legislação.

Mas perdura a necessidade de, à luz do ordenamento vigente, dar resposta aos conflitos que emergem dos novos contratos, ainda não expressamente regulados pela legislação. Nesse desiderato, as soluções tradicionais que se apresentam consistem na remissão à disciplina geral dos contratos, na utilização de cláusulas gerais (tais como a boa-fé objetiva), no uso da analogia, e, quando o contrato em questão contiver elementos de um ou mais contratos legalmente regulados (contrato atípico misto), na utilização combinada de normas desses tipos legislados. Quanto à primeira alternativa -- aplicação da disciplina geral dos contratos -- esta, o mais das vezes, proporciona um quadro regulativo insuficiente para a resolução das controvérsias relativas à interpretação e execução desses contratos, tanto mais quando se tem presente que essa disciplina geral, freqüentemente, orienta-se por um modelo clássico de contratação (e é bem o caso daquela insculpida em nosso Código Civil de 1917), mostrando-se inadequada para o trato de relações contratuais que se distanciam desse modelo. As cláusulas gerais, por sua vez, como vimos, têm-se tornado de grande relevância na resolução de questões envolvendo contratos, mas, de um lado, continuam enfrentando resistências doutrinárias e jurisprudenciais, que tolhem seu sentido e alcance, e, de outro, não se prestam a, por si sós, suprir a ausência de uma disciplina contratual de cunho regulativo, devendo, de preferência, operar conjuntamente com esta. Já o raciocínio analógico, cuja relevância, para os propósitos deste trabalho, será evidenciada adiante, também acaba por ter seu âmbito bastante limitado, por conta das condições impostas à sua utilização, especialmente quando se considera a disciplina de diversos contratos legalmente tipificados como tendo caráter excepcional, e sendo, por isso, insuscetível de aplicação analógica. Por sua vez, a combinação de disciplinas contratuais heterogêneas, alvitada para o trato dos contratos atípicos mistos, esbarra com notórias dificuldades na construção de um regulamento consistente e isento de contradições.

A constatação das insuficiências do modelo conceitual e do método subsuntivo, bem como dos limites dos métodos alternativos de busca/construção de um regramento para o caso concreto, torna imperiosa a elaboração de novos modelos de qualificação das relações contratuais, sob pena de multiplicação, a um nível intolerável, dos impasses nessa matéria. Nessa perspectiva, entra em cena, sob os auspícios da doutrina alemã, o método tipológico, que opera a partir de representações menos abstratas/esquemáticas dos fenômenos objeto de estudo. Tais representações são construídas, ao contrário dos conceitos, não com base em um conjunto bem delimitado de notas características que deverão estar presentes no objeto, de uma definição fechada, portanto. Ao revés,

privilegia-se uma compreensão totalizante do fenômeno em estudo, que possibilitará a sua identificação mesmo quando ausentes alguns dos elementos que compõem o quadro geral intuído pelo aplicador.<sup>35</sup> Por assim proceder, o método em exame propicia representações mais ricas e complexas dos fenômenos, em contraste com as abstrações produzidas pelo método conceitual.<sup>36</sup> Por isso mesmo, seus contornos tendem a ser fluidos, de sorte que se abre espaço para a caracterização de figuras intermediárias entre um tipo e outro, formando-se uma ordenação de figuras típicas, cujas linhas divisórias são tênues, ao invés das rígidas fronteiras delimitadoras dos conceitos. Assim, ausentes marcos divisórios fixos e imutáveis, separando um tipo de outro, torna-se possível falar em figuras mais típicas e menos típicas, não se resolvendo o problema da qualificação, tal como quando se opera com conceitos, em termos de sim-ou-não, mas em termos de mais-ou-menos.

Quais são as implicações desse método no trato do problema em apreço? A adoção do método tipológico abre caminhos interessantes, tanto em termos de qualificação contratual, como, por consequência, no tocante à disciplina jurídica do contrato. Em matéria de qualificação, no lugar do esquema tradicional típico/atípico, apresenta-se a formação de ordens de tipos, de espécies intermediárias entre os diversos contratos nominados, de gradações entre o mais típico, o menos típico e o não-típico, considerando-se a presença e o peso das notas características tidas por relevantes na formação do tipo. Ausente uma nota, isso não implicará, *ipso facto*, a desqualificação do contrato, mas poderá trazer consequências no que diz respeito à sua disciplina jurídica. Assim, na medida do maior ou menor grau de proximidade entre o caso concreto e o tipo normativo, haverá maior ou menor aplicação da disciplina legal.

Outra dimensão importante dessa metodologia, ausente daquela que opera com conceitos rígidos, reside no peso ou importância dos elementos a serem considerados para fins de qualificação e de aplicação de uma disciplina contratual a determinado contrato. Isso está a implicar que, para além de se aferir a presença ou ausência de elementos típicos, o aplicador deve ter em conta, para esses propósitos, a relevância de cada elemento na economia contratual. Assim, ainda que presente, no caso concreto, um determinado elemento próprio de um tipo legal, isso poderá ser de pouca ou nenhuma relevância, para fins de qualificação contratual, ou, ainda que relevante na qualificação, levar a uma incidência seletiva das normas inscritas no modelo regulativo do tipo legal ao qual se subsume.

---

<sup>35</sup> “A abertura dos tipos significa que, além da graduabilidade das características típicas, estas não são fixas, isto é, que não existe, no tipo, uma determinação de um número certo de características necessárias e suficientes em termos tais que a falta de uma que seja justifique o juízo de exclusão” (Vasconcelos, op. cit, p. 40).

<sup>36</sup> Por certo, a distinção que se opera aqui entre os métodos conceitual e tipológico não deixa, ela também, de ser esquemática. Na prática, as diferenças entre ambos também são graduáveis e fluidas, como assinala Vasconcelos, op cit, p. 50

O método tipológico revela-se, portanto, de extrema utilidade na captação de fenômenos intermediários entre contratos nominados e mesmo entre categorias contratuais. Pense-se, por exemplo, na dicotomia contratos de intercâmbio\contratos associativos, rígida sob a ótica conceitual, mas nem tanto a partir de um enquadramento tipológico, pelo qual será possível uma ordenação de contratos tendo em vista as diversas combinações possíveis entre os elementos próprios ao intercâmbio de prestações e os próprios à colaboração. Nessa perspectiva, um contrato de concessão ou um contrato de franquia constituem elos intermediários entre os contratos de intercâmbio de prestações, nos quais o interesse de cada parte é satisfeito pela prestação a cargo da outra, e os contratos associativos, em que, a partir da soma das prestações, cada parte retira uma parcela de utilidade.

As conseqüências desse enfoque metodológico, como assinalado, se fazem sentir na construção da disciplina aplicável a uma determinada relação contratual. Admitida a existência de contratos mais ou menos típicos, daí segue a possibilidade de, em função da maior ou menor tipicidade, aplicar-se também em maior ou menor grau a disciplina prevista para um ou mais contratos típicos. Afasta-se, portanto, o tudo-ou-nada em matéria de aplicação de um modelo regulativo previsto em lei. Acresce que mesmo contratos passíveis de enquadramento na definição legal podem deixar de submeter-se à totalidade da respectiva disciplina, se neles for constatada a presença de elementos que se afastam não do conceito legal mas do tipo contratual em sua integralidade.<sup>37</sup> Em síntese, o método tipológico ora possibilita uma extensão da disciplina normativa a casos não subsumíveis na definição legal de um determinado contrato; ora, pelo contrário, apesar da subsunção ao conceito, afasta, ao menos em parte, a aplicação do modelo regulativo.<sup>38</sup> Tudo isso, insista-se, em razão de o tipo possuir contornos mais fluidos que o conceito, fundar-se numa visão mais próxima à realidade e, portanto, mais complexa e menos esquemática dela.

<sup>37</sup> “Na ordenação no tipo há também que comparar a configuração do caso com a configuração do tipo e aferir, face aos eventuais desvios, sobre o direito a aplicar. (...) Verificados os desvios, na comparação, cabe então partir para a tarefa de ajuizar das suas conseqüências. O regime próprio de cada tipo jurídico estrutural é indissociável das suas características. Cada uma das características do tipo tem ligada a si uma certa parcela ou aspecto do regime do tipo. A inexistência, no caso, de uma característica conduzirá à não vigência da parcela de regime que lhe está ligada. Se a característica típica se verificar, mas com uma intensidade diminuída, o regime correspondente terá uma vigência proporcionalmente reduzida. Se, ao contrário, a característica típica se verificar no caso de um modo especialmente intenso, assim o regime que lhe é próprio terá uma vigência mais intensa” (Vasconcelos, op. cit., p. 100)

<sup>38</sup> Convém transcrever, a propósito da utilidade do método tipológico na determinação do regime aplicável a um determinado contrato, o ensinamento de Giorgio de Nova, *Il tipo ...*, p. 165:

“Applicando il metodo tipologico al diritto dei contratti, si è potuto innanzitutto mettere in chiara luce la differenza di piani fra la costruzione e definizione del tipo legale e l’individuazione della disciplina applicabile al caso di specie.

Si è quindi collegata l’applicazione della disciplina legale alla riconducibilità del caso di specie al tipo normativo cui la disciplina è ispirata, e non alla sua sussumibilità nel concetto definitorio del contratto nominato; si è così chiarito che la sussumibilità nella definizione del tipo legale offre soltanto un’indicazione di massima circa la disciplina applicabile, e si è concluso che la disciplina legale non è -- in tutto o in parte -- applicabile al contratto che, pur se sussumibile nella definizione del tipo legale, sia divergente dal tipo normativo: mentre è -- almeno in parte -- applicabile al contratto che, pur se non sussumibile, sia riconducibile al tipo normativo.

Si è fatto poi leva sull’idoneità della categoria logica del tipo a consentire un’appartenenza maggiore o minore, per affermare un’applicazione maggiore o minore della disciplina legale.

Si è sfruttata l’idoneità del tipo ad individuare una serie di ipotesi intermedie fra due ipotesi estreme, per fondare l’applicazione contemporanea di più discipline tipiche.”

Para os propósitos deste trabalho, fica patente a importância da referência ao método tipológico. E isso não apenas em razão de boa parte dos contratos de distribuição ainda permanecer legalmente atípica, mas também em função da complexidade desses contratos, da inextricável combinação entre elementos atinentes à troca e elementos atinentes à colaboração, que está a exigir, na construção de seu regime, o empréstimo a várias disciplinas de contratos típicos.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> “Os problemas de disciplina suscitados pelos contratos mistos, no modo tipológico, são resolvidos por um processo analógico que parte da comparação e da diferenciação entre a estipulação e os tipos de referência ou semelhantes, do aferimento de semelhanças e diferenças, da proximidade e do afastamento entre o caso e o tipo ou tipos de referência ou semelhantes, e pela descoberta de uma disciplina intermédia” (Vasconcelos, op. cit., p. 9)



### 1.3. CONTRATO DE AGÊNCIA OU DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL

Dentre os contratos de distribuição de maior relevância para o tráfico mercantil da atualidade, o de agência ou representação comercial (como se tornou mais conhecido entre nós) foi o primeiro a adquirir contornos jurídicos mais nítidos.

Historicamente, a agência passou, a partir do século XIX, a substituir a forma até então dominante de colaboração juridicamente não-subordinada no processo distributivo, que era a comissão.<sup>40</sup> Esclareça-se que, pelo contrato de comissão,<sup>41</sup> o comissário obriga-se a praticar negócios mercantis no interesse do comitente, mas, regra geral, atuando em seu próprio nome perante terceiros.<sup>42</sup> Trata-se de figura de origem remota,<sup>43</sup> que se prestava, em especial, a viabilizar a realização de operações mercantis a longa distância, num tempo em que os meios de transporte eram ainda bastante rudimentares. O comitente, ao invés de negociar diretamente com terceiros, dos quais tinha pouco conhecimento, preferia confiar a gestão de seus negócios em lugares distantes a pessoas de sua confiança, que lhe deveriam prestar contas pelos negócios realizados. Mas, no início do século passado, com o avanço da revolução industrial, a técnica em apreço deixou de dar pleno atendimento às necessidades de escoamento da crescente produção de bens. Deveras, a tradicional ocasionalidade da atuação do comissário, somada à falta de contato direto do comitente com os compradores de seus produtos, foi levando ao desuso dessa modalidade de distribuição.

Porém, a distribuição direta por meio de vendedores empregados (os viajantes e praticistas) revelava-se um substituto com diversas desvantagens, dentre elas, a assunção de obrigações salariais e a responsabilidade direta pelos atos praticados por esses profissionais.<sup>44</sup>

Daí que, a partir de meados do século XIX,<sup>45</sup> foi ganhando corpo a figura do intermediário autônomo, a quem cumpria, com regularidade, captar propostas de compra para o produtor ou comerciante, sem agir em nome deste, e sendo remunerado mediante comissões calculadas sobre os negócios celebrados com sua intermediação. Diversas razões militaram para o sucesso dessa técnica: o caráter não-eventual da atividade do agente, diversamente do que, em regra, sucedia com a comissão mercantil; a inexistência de custos fixos com o agente, que recebia comissões e não salários; o maior controle da

<sup>40</sup> Nesse sentido, Rubens Requião, *Do representante comercial*, p. 1.

<sup>41</sup> Regulado, entre nós, pelos arts. 165 e seguintes do Código Comercial.

<sup>42</sup> Quando a atuação se dá em nome do comissário, está-se em presença do mandato mercantil (arts. 140 e seguintes do Código Comercial)

<sup>43</sup> Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, v. XLIII, Rio de Janeiro, Borsoi, 1955, p. 286, situa sua gênese na Grécia clássica, observando haver referência a um contrato com os contornos da comissão em *As Leis*, de Platão.

<sup>44</sup> Requião, *op cit.*, p. 2.

<sup>45</sup> Pardolesi, *I contratti ...*, p. 92.

sua atividade, por parte do produtor ou comerciante, e o contato direto com a clientela agenciada.

Foi na Alemanha que, em primeiro lugar, percebeu-se a especificidade jurídica da agência.<sup>46</sup> Inicialmente, foram os Tribunais que acolheram esse novo tipo contratual. Sua consagração jurisprudencial deu-se em uma decisão do Reichsgericht, de 1892, ocasião em que foram fixados os contornos do contrato.<sup>47</sup> Logo em seguida, a agência foi transformada em contrato legalmente típico, pela sua recepção nos §§ 84 e seguintes do Código de Comércio, definindo-se o agente como aquele que “senza essere impiegato come commesso, è stabilmente incaricato di procurare affari per l’impresa commerciale di un altro, o di concluderli in nome di un altro”.<sup>48</sup>

Na seqüência, deu-se a difusão jurídica do tipo contratual em outros países europeus. Na Itália, o projeto de Código Comercial de 1922, já contemplava essa figura contratual, prevendo o direito à indenização, em favor do agente, na hipótese de denúncia do contrato pelo principal,<sup>49</sup> mas a recepção legal somente se concretizou com o Código de 1942. Na França, essa figura, muito debatida na jurisprudência, à luz da figura do mandato de interesse comum, obteve um estatuto legal somente em 1958, precedido em vários anos da legislação que dispunha sobre *voyageurs, représentants et placiers*, de 1937, que já antecipava alguns dos direitos que viriam a ser futuramente outorgados aos agentes, por ocasião da denúncia do contrato.<sup>50</sup> De forma mais ou menos similar, outros países do velho continente foram plasmando a regulação da agência em diplomas legais específicos ou no seio de seus códigos comerciais ou obrigacionais.<sup>51</sup>

Entre nós, tardou a que a prática contratual da agência obtivesse, judicial e legislativamente, foros de cidadania. No período que precedeu à regulação legal da matéria, o maior estudioso da matéria no Brasil, o saudoso comercialista RUBENS REQUIÃO, refere um único aresto, emanado do Supremo Tribunal Federal, publicado na Revista de Direito Mercantil, volume II (da série antiga), em que foi reconhecido o direito do agente à indenização, em virtude de denúncia unilateral de contrato.<sup>52</sup> E, na seara

<sup>46</sup> Pardolesi, op. cit., p. 96.

<sup>47</sup> Reproduzidos por Pardolesi, op. cit., p. 99: “Il contenuto del contratto di agenzia consiste in ciò, che l’agente si vede riconosciuto il diritto, e si assume l’obbligo, di curare stabilmente la distribuzione delle merci del suo committente in un ambito più o meno limitato, che però l’agente non è in rapporto di servizio col committente, perciò, anche il compenso da questo promesso non si presenta come paga per prestazione determinate, continuative, ma come guadagno proporzionato al risultato raggiunto dall’agente”

<sup>48</sup> Versão em italiano do § 84 do HGB, em Pardolesi, op. cit., p. 101.

<sup>49</sup> Pardolesi, op. cit., p. 126.

<sup>50</sup> Pardolesi, op. cit., p. 102.

<sup>51</sup> Holanda, arts. 74 e seguintes do Código de Comércio; Dinamarca, Lei nº 272 de 2 de maio de 1990; Portugal, Decreto-lei nº 178/86 de 3 de julho de 1986; Suíça, arts. 418 e seguintes do Código de Obrigações, Áustria, Lei de 24 de junho de 1921, Suécia, arts. 65 e seguintes da Lei de 18 de abril de 1914; Noruega, art. 65 e seguintes da Lei nº 1 de 30 de junho de 1916; Espanha, Lei nº 12, de 27 de maio de 1992.

<sup>52</sup> Requião, op. cit., p. 9.

legislativa, somente em 1965 editou-se diploma regulando a matéria,<sup>53</sup> sobre o qual serão tecidos comentários na sequência.

Concluído esse rápido bosquejo histórico, passa-se ao exame da função e dos contornos desse tipo contratual. Nesse sentido, observa-se, primeiramente, que a agência se caracteriza como atividade auxiliar da distribuição direta,<sup>54</sup> pois o bem objeto do comércio se transfere imediatamente do principal para o consumidor, sem passar pela titularidade do agente. Justamente nisso reside sua principal diferença relativamente aos demais contratos de distribuição enfocados neste trabalho, modalidades típicas que são de distribuição indireta, nas quais o distribuidor assume a função de vender os produtos e/ou prestar os serviços ao consumidor em seu próprio nome e por conta própria, sem que, todavia, isso o equipare ao antigo comissário, que transacionava, em nome próprio, com bens da titularidade do comitente, devendo, por isso, prestar-lhe contas dos negócios realizados.

No quadro do tipo contratual em exame, tanto é possível que o agente apenas assuma a tarefa de, ativamente, captar propostas de compra e repassá-las ao principal, a quem caberá decidir sobre a concretização do negócio, como que tenha poderes para ele mesmo, agente, concluir o contrato em nome do principal. Nesta última hipótese, o agente atua como mandatário do principal, o que já não ocorre quando se limita a angariar clientela. Como quer que seja, o agente não assume a posição de comerciante autônomo, pois, mesmo que conclua o negócio com terceiro, isso se dará sempre em nome e por conta do representado.

Pelo exposto, fica patente que o agente, face ao principal, ostenta a condição de um prestador de serviços autônomo, remunerado sob a forma de uma comissão calculada sobre o valor dos negócios concretizados com a clientela captada. O serviço em questão consiste na “mediação para a realização de negócios mercantis”.<sup>55</sup> Nada impede -- e, pelo contrário, nossa legislação é expressa quanto a tal possibilidade -- que, a par da mediação propriamente dita, o agente pratique outros atos relacionados com a execução dos negócios mediados.<sup>56</sup> Todavia, e aqui nos reportamos ao problema dos tipos, acima abordado, a depender do vulto desses atos, isso poderá acarretar a interferência de outras regras na disciplina concreta da relação, o afastamento de regras próprias da representação comercial e, quiçá, até mesmo a requalificação do contrato.

Seja como for, o certo é que a atividade do agente centra-se na captação de clientela para o principal, o que, comparativamente aos demais tipos de contratos de

<sup>53</sup> Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965.

<sup>54</sup> Direta, bem entendido, na perspectiva do comerciante que se vale dos serviços do agente, o qual pode já ser um revendedor de bens fabricados por terceiros.

<sup>55</sup> Art. 1º da Lei nº 4.886/65.

distribuição, implica um número de obrigações, a cargo daquele, bem mais reduzido. As necessidades de inversão de capitais para o desenvolvimento de sua atividade são igualmente inferiores. E, por óbvio, também não se coloca o problema da manutenção de estoques próprios, visto que o agente não é um revendedor. Ora, tudo isso está a evidenciar o caráter predominantemente pessoal da atuação do agente comercial, o que não significa que este possa prescindir de uma certa organização empresarial, mas sim, que, falando em termos relativos, essa organização é de proporções reduzidas.<sup>57</sup> Nesse quadro, o único ativo de real significação para o agente é a teia de relações com clientes que este vai formando ao longo de sua atividade, e cuja proteção, como veremos, é o principal objetivo das legislações que regulam a atividade desse profissional.

Mas é justamente esse caráter pessoal da atividade do agente que dá margem, com bastante freqüência, a conflitos judiciais acerca da sua eventual qualificação como empregado, e, por conseguinte, do reconhecimento, perante a Justiça do Trabalho, dos correspondentes direitos. Em tais situações, o que se perquire é se, no exercício de suas atividades, o denominado agente goza de um grau razoável de liberdade de ação ou se, contrariamente, encontra-se estritamente subordinado às diretivas do principal, o que estaria a denunciar uma dissimulada subordinação jurídica, típica das relações de emprego.<sup>58</sup> A dificuldade, na prática, dada a tendência de multiplicação dos controles

<sup>56</sup> Art. 1º, *in fine*, da Lei nº 4.886/65.

<sup>57</sup> Essa circunstância, diga-se de passagem, possivelmente, é a razão por quê o agente comercial, ao lado de outros intermediários na conclusão de negócios (tais como os corretores), tem sido excluído dos benefícios fiscais conferidos pela legislação brasileira em favor dos micro e pequenos empresários. A Lei nº 9.137/96, que instituiu o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES, dentre outras hipóteses de empresas impossibilitadas de aderir ao sistema, elencou, no inciso XIII de seu art. 9º as seguintes. “[a pessoa jurídica] que preste serviços profissionais de corretor, **representante comercial**, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino, médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida”. Registre-se que, quando vigorava o anterior regime de benefícios em favor das micro e pequenas empresas, consubstanciado na Lei nº 7.256/84, a atividade de representação comercial não se encontrava taxativamente elencada dentre as hipóteses de exclusão, todavia, a Receita Federal adotou entendimento de que, por se tratar de atividade assemelhada à corretagem, expressamente excluída do estatuto, a representação comercial também estaria excluída, posição que restou vencida nos Tribunais

<sup>58</sup> Nesse sentido, transcrevem-se as seguintes ementas: “Nas relações jurídicas do representante comercial autônomo e do empregador vendedor estão presentes a onerosidade, a não eventualidade e a pessoalidade. A subordinação jurídica é que vai determinar se o Reclamante foi empregado ou não” (Ac da 5ª Turma do TRT-PR, RO 14.596-97, Rel. Juiz Luiz Felipe Haj Mussi, j. 03.07.98); “Evidenciando-se pelo conjunto de provas coligidas que a relação entre representante e representada esteve marcada pela subsunção daquele ao poder de mando e direção desta, vez que, no exercício de suas atividades diárias, não detinha a autonomia necessária capaz de guindá-lo à condição de representante comercial, tem-se como nulo o contrato de natureza civil e reconhece-se a relação de emprego, eis que presentes, in casu, os requisitos que a informam, inscritos no art. 3º da CLT” (Ac da 5ª Turma do TRT-PR, RO 705-97, Rel. Juiz Antonio Lucio Zarantonello, j. 20.03.98); “O simples fato de o prestador de serviços ser considerado representante comercial autônomo, tendo registro no órgão competente, não afasta a possibilidade do Judiciário, em face do disposto nos autos, concluir pela existência de vínculo de emprego entre as partes, pois, diante do princípio da realidade que rege o Direito do Trabalho, ao aspecto meramente formal, sobrepõe-se o que ocorre no dia-a-dia da relação jurídica que aproxima o prestador do tomador dos serviços. O contrato de trabalho e o de representação comercial autônoma (regulado pela Lei nº 4.886/65) possuem elementos comuns, tais como a natureza continuada e o contrato oneroso de prestação de serviços. No entanto, divergem quanto à existência da subordinação hierárquica e jurídica, posto que (sic) esta caracteriza apenas o contrato de trabalho, estando ausente no caso da representação comercial. O trabalho autônomo, segundo a doutrina especializada, só se caracteriza quando há inteira liberdade de ação, ou seja, quando o trabalhador atua como patrão de si mesmo, com os poderes jurídicos de organização própria, por meio dos quais desenvolve o impulso de sua livre iniciativa e presta serviços a mais de uma empresa ou pessoa. A prestação de serviços, *in casu*, conforme ressaltado pelo Tribunal *a quo*, ocorreu com subordinação, pessoalidade, exclusividade, além de contar com outros fatores

sobre as atividades desses profissionais (e dos demais distribuidores), é que a aplicação de tal critério pode, a cada dia, revelar-se mais complexa e incerta. Recorrendo aos adinículos metodológicos do item antecedente, podemos afirmar, e a isso voltaremos adiante, que o contrato de agência encontra-se num dos extremos da ordenação tipológica da família dos contratos de distribuição, fronteiro, pelos traços acima anotados, ao contrato de trabalho subordinado. Ora, o marco dessa fronteira -- a existência ou não de subordinação do prestador dos serviços ao tomador -- nem sempre é de fácil visualização, sobretudo quando o tomador dos serviços busca dissimulá-lo ao máximo.<sup>59</sup> Donde, a necessidade uma abordagem tipológica do problema, em que, como dito, o aplicador da norma, ao invés de se concentrar na procura de um único elemento fático, hábil, por si só, a resolver o problema da qualificação, deve formar um quadro geral, o mais completo possível, da situação que lhe é apresentada, considerando não apenas a existência de um ou de vários elementos qualificadores, mas também o seu peso relativo no contexto da relação contratual. Nessa ordem de idéias, não será, v.g., decisiva para a requalificação de um contrato de agência como contrato de trabalho subordinado a circunstância de o agente comercial não possuir um estabelecimento físico próprio para o exercício de suas atividades, contando com um espaço no estabelecimento físico do representado. Inversamente, não será a prestação de trabalho em casa, por parte de certos “terceirizados”, que apagará a natureza subordinada de seu trabalho.

Vimos que a agência comercial, por razões diversas, ocupou espaços da comissão e da venda direta por meio de auxiliares subordinados. Sucede que, com o maior desenvolvimento dessa modalidade de auxílio à distribuição direta, surgiu a preocupação com a precariedade do *status* do agente. De um lado, ainda que teoricamente um auxiliar não-subordinado, a prática demonstrava que sua posição guardava certa proximidade com a de um empregado (ainda que afastada a identificação com este), o que não deixou de repercutir na moldagem do regime jurídico da agência.<sup>60</sup>

---

caracterizadores da relação de emprego” (Ac da 4ª Turma do TST, RR 193.404, Rel. Ministro Leonaldo Silva, j. 27.11.96, ementa publicada no DJU de 13.12.96, p. 50581). Vale ainda referir que, para efeitos de incidência das contribuições previdenciárias sobre a folha de salários, perquirem-se as notas que permitem distinguir o agente autônomo do trabalhador subordinado. Nessa linha, o parecer n. 2.413, de 16.02.2001, publicado no DOU de 21.02.2001, da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência e Assistência Social, o qual conclui que “sendo o representante comercial subordinado ao tomador, seu trabalho caracterizado pela não-eventualidade e pessoalidade e ainda ausente a autonomia no seu desempenho, configura-se o vínculo empregatício, ficando o tomador sujeito aos encargos previdenciários incidentes sobre a folha de salários”.

<sup>59</sup> Esforço, diga-se de passagem, cuja criatividade não tem limites, e do qual é bom exemplo, em tempos recentes, a multiplicação de prestação de serviços autônomos por meio de cooperativas de trabalho, as quais, em boa parte dos casos, nada mais são do que biombos utilizados para ocultar a relação de emprego entre o cooperado e o contratante dos serviços

<sup>60</sup> Nessa perspectiva, Pardolesi, op. cit., p. 136, ressalta que, na Itália, o regime jurídico do contrato de trabalho sempre exerceu forte *vis attractiva* sobre a disciplina da representação comercial. No Brasil, informa Rubens Requião, op. cit., p. 10, essa influência fica patente no projeto aprovado, em 1965, pelo Congresso Nacional, e vetado pelo Presidente Castelo Branco, que traçava para a representação comercial uma disciplina muito assemelhada ao contrato de trabalho dos vendedores, viajantes e praticistas, regulado pela Lei 3.207, de 24 de julho de 1957. Mas, mesmo na legislação atualmente em vigor não deixa de se notar, e não só em matéria de indenização por denúncia unilateral do contrato, uma atração do regime jurídico do trabalho subordinado. Testemunho disso é o art. 44 da Lei nº 4.886/65, introduzido pela

De outro, sempre havia o risco de o principal denunciar o contrato de agência para poder aproveitar-se da clientela angariada pelo agente sem ter que pagar comissões pelos negócios futuros realizados com essa mesma clientela.

Para remediar esse estado de coisas, foram construídas, jurisprudencial ou legislativamente, alguns mecanismos para se garantir alguma proteção ao agente, ora dando-se maior estabilidade ao vínculo com o representado, ora determinando-se, ao término do contrato, indenização pela clientela angariada pelo agente. Nessa perspectiva, a jurisprudência francesa, desde o final do século passado, à míngua de solução legal para o problema, passou a qualificar a agência como uma modalidade de mandato de interesse comum, ou seja, um caso em que o mandatário pratica os atos objeto do mandato no interesse do mandante e também em seu próprio interesse. No caso, representado e agente pretendem conjuntamente desenvolver uma clientela que beneficie a ambos: ao mandante, pela realização de vendas; ao mandatário pela percepção de comissões. Ora, o mandato de interesse comum, ao contrário do mandato simples, onde o mandatário atua no exclusivo interesse do mandante, não seria denunciável *ad nutum*, de sorte que o representado não poderia pura e simplesmente desvincular-se do agente, uma vez consolidada a clientela que este angariara.<sup>61</sup> Na seqüência, essa idéia acabou recepcionada pelo primeiro texto legislativo que, na França, normatizou o contrato de agência.<sup>62</sup>

O fenômeno não se limitou à França: no curso deste século, multiplicaram-se as tipificações legais do contrato de agência, com o propósito de outorgar algumas garantias ao agente contra a denúncia intempestiva, pelo representado, da relação contratual.<sup>63</sup> E, dada a importância da matéria, ela foi objeto de uniformização no seio da Comunidade Européia, após a edição da Diretiva 86/653, de 18 de dezembro de 1986, visando aproximar as legislações dos países-membros, no sentido de assegurar uma proteção mínima aos agentes.<sup>64</sup>

---

Lei nº 8 420/92, o qual dispõe que os créditos do representante comercial perante o representado serão considerados, no caso de falência deste, créditos da mesma natureza dos créditos trabalhistas

<sup>61</sup> Assinale-se desde já que parte da doutrina e da jurisprudência tentaram ampliar a abrangência dessa solução para os contratos de concessão comercial, que, nessa ótica, também seriam contratos de interesse comum, alvitre que, todavia, não foi acatado pela Corte de Cassação.

<sup>62</sup> Decreto de 23.11.58, que, em seu art. 3º, garantiu a indenização do agente pela denúncia desprovida de causa. Atualmente, dispõe sobre a matéria a Lei nº 91-593, de 25 de junho de 1991.

<sup>63</sup> Sobre os diversos diplomas legislativos que, com um viés de proteção ao agente, dispuseram sobre a matéria, v. nota. 48. Note-se que, embora precursora no trato jurisprudencial e legal da matéria, a Alemanha só em 1953, ao reformar o capítulo do Código Comercial que dispunha acerca da matéria, contemplou o direito do agente à indenização por denúncia imotivada do contrato, além de instituir outras regras protetivas em favor deste (cf. Pardolesi, op. cit., p. 108).

<sup>64</sup> Essa Diretiva vem sendo recepcionada pelos países-membros da União: Holanda, Lei de 5 de julho de 1989, que modificou artigos de seu Código Comercial; Alemanha, Lei de 23 de outubro de 1989, que introduziu algumas alterações nos §§ 84-92b do HGB; Dinamarca, Lei de 2 de maio de 1990; Itália, Decreto legislativo de 10 de setembro de 1991, Grécia, Decreto presidencial nº 219 de 18 de maio de 1991; França, a já mencionada Lei nº 91-593, Espanha, Lei nº 12/1992 de 27 de maio de 1992; Reino Unido, The Commercial (Council Directive) Agents Regulations, Portugal, Decreto-lei nº 118/1993 de 13 de abril de 1993.

No Brasil, com a Lei nº 4.886/65, editada em substituição a projeto vetado pelo Presidente da República, o contrato de agência comercial foi legalmente tipificado.<sup>65</sup> Esse diploma definiu o representante comercial como a “pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução dos negócios”.<sup>66</sup> Traz, em seguida, disposições sobre o registro dos representantes nos Conselhos Regionais de Representantes Comerciais, bem como define a competência desses Conselhos e do Conselho Federal dos Representantes Comerciais.<sup>67</sup> Depois, trata especificamente do contrato de agência comercial: seus elementos indispensáveis, os direitos e obrigações a cargo das partes e o regime de denúncia e resolução da relação contratual. Mas não é propósito deste trabalho analisar em pormenor a legislação regulatória do contrato de agência, e, tampouco, a jurisprudência que se foi cristalizando em torno de alguns dispositivos da Lei n. 4.886/65.

Conforme já referido supra, certas exigências das modernas técnicas de comercialização, somadas ao interesse dos produtores em dividir com a rede de comercialização os riscos e ônus do negócio,<sup>68</sup> tornaram desinteressante o uso da técnica de distribuição direta, com auxílio de agentes comerciais. Mas, curiosamente, é possível que, nos dias de hoje, estejamos assistindo um movimento em sentido contrário, impulsionado pelos notáveis avanços na telemática e pelas novas técnicas de industrialização, que, superando o modelo fordista, caracterizam-se não só pela maior adaptabilidade às flutuações do mercado, como também pela capacidade de distribuir certos custos industriais à montante da cadeia de industrialização. Tudo isso possibilita ao fabricante, em alguns setores, prescindir da técnica de venda indireta ao consumidor, por meio de concessionários.<sup>69</sup> Alguns exemplos desse fenômeno são colhidos no setor

<sup>65</sup> Registre-se que o projeto de Código Civil, em seus arts. 710 -721, contempla a agência comercial, e, como subtipo, a distribuição, que se caracteriza quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada. No tocante às indenizações devidas em razão da denúncia por causa não imputável ao agente, o art. 718 do Projeto remete-se à legislação especial em vigor, no caso, a Lei nº 4 886/65, a qual, portanto, ficará em grande parte mantida na hipótese do projeto ser convertido em lei.

<sup>66</sup> Art. 1º da Lei.

<sup>67</sup> Arts. 2º a 28 da Lei. Assinale-se que, de acordo com o disposto no art. 5º desse diploma, a remuneração, pela mediação de negócios, somente será devida a representante comercial devidamente registrado em Conselhos Regionais de Representantes Comerciais. Sucede que a jurisprudência acabou por tornar letra morta esse preceito, garantindo o direito à remuneração mesmo aos representantes comerciais “de fato”, isto é, não inscritos em Conselhos. Nessa linha, dentre inúmeras outras, a decisão proferida no REsp nº REsp 26388-SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma do STJ, j. 10.08.93, ementa publicada no DJU de 06.09.93, p. 18035.

<sup>68</sup> Vale referir que, entre nós, é proibida a inserção da cláusula *del credere* em contratos de representação comercial, consoante dispõe o art. 43 da Lei nº 4.886/65.

<sup>69</sup> No Brasil, um estímulo a mais a essa mudança consiste na incidência de tributos cumulativos sobre as sucessivas operações de venda de bens em uma mesma cadeia de comercialização, que têm estimulado o encurtamento dessa cadeia. Referimo-nos à contribuição para o financiamento da seguridade social – COFINS, e à contribuição destinada ao programa de integração social – PIS, ambas incidentes sobre o faturamento, e às quais não se aplicam os mecanismos de crédito típicos de tributos não-cumulativos, como o ICMS e o IPI. Convém registrar que textos legais mais recentes estão, na prática, transformando essas contribuições em tributos monofásicos, isto é, que incidem apenas na operação praticada pelo fabricante, numa alíquota que independe da extensão da cadeia de comercialização. Acresce que a venda direta a milhares de consumidores reduz o risco, mais concentrado, da venda a crédito aos concessionários.

automotivo, em que a venda passa a ser feita diretamente pelo fabricante ao consumidor, passando o concessionário a desempenhar funções típicas de um agente comercial, e a ser remunerado mediante comissões pagas pelo fabricante.<sup>70</sup> Mas, nesse novo quadro, o agente também assume uma importantíssima função de prestador de serviços pós-venda, o que implica a manutenção de uma estrutura operacional adequada à prestação desses serviços. Se é certo que a própria definição legal do agente, inscrita no art. 1º da Lei nº 4.886/65, já contemplava a possibilidade deste praticar “atos relacionados com a execução dos negócios”, é igualmente certo que a regulação legal da matéria volta-se toda ela à atividade de intermediação propriamente dita. Com efeito, o texto legal parte de uma visão relativamente limitada da atividade do agente, como um intermediário que desempenha uma atividade basicamente pessoal, dispensando maiores investimentos em mão-de-obra e ativo permanente. Todavia, há muitos casos, e a dinâmica econômica os têm multiplicado, em que a relação entre as partes desse contrato torna-se mais complexa, onde o agente, para dar atendimento a certas obrigações contratuais, especialmente às que dizem respeito à prestação de serviços pós-venda, vê-se na contingência de ampliar sua organização empresarial, tanto em termos de pessoal, como em termos de instalações e equipamentos. Nessa hipótese, que se afasta do núcleo tradicional da agência, certas regras protetivas da lei podem revelar-se insuficientes, sugerindo ao aplicador tomar de empréstimo, analogicamente, regras de outros tipos legais, como, no caso brasileiro, as relativas à concessão de venda de veículos automotores, que dispõem sobre a indenização ou compra, pelo concedente, de bens integrantes do ativo permanente do concessionário, ao término do contrato.<sup>71</sup>

<sup>70</sup> A venda direta ao consumidor, pelo concedente, é prevista no art. 15 da Lei nº 6 729/79.

<sup>71</sup> O fenômeno da maior organização necessária ao desempenho das atividades do agente, e da conseqüente necessidade de investimentos em ativo permanente, foi captado pela legislação mais recente. Veja-se, nesse sentido, a Lei espanhola nº 12/92, que, em seu art. 29, contempla a indenização de danos e prejuízos que a extinção antecipada do contrato tenha causado ao agente, “siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato”.



## 1.4. CONTRATO DE CONCESSÃO COMERCIAL

Como visto, à medida em que o sistema de produção e distribuição de bens e serviços vai ganhando em complexidade e escala, os riscos e encargos dos agentes econômicos envolvidos também se tornam maiores. A expansão territorial dos mercados impõe a realização de investimentos em pontos de venda. Além disso, a depender do tipo de mercadoria, também é indispensável a existência de uma estrutura de serviços pós-venda. Ora, o agente comercial, tendo por atividade principal a captação de clientela para o representado, não se revela, como tal, de grande auxílio no enfrentamento desses desafios. Isso significa que, nessa modalidade de distribuição, é o representado quem deve arcar com os riscos dos investimentos (em infra-estrutura de distribuição, em estoques) e, se não puder valer-se da cláusula *del credere*, e da inadimplência dos adquirentes de bens e serviços. Daí o desenvolvimento de uma forma de distribuição indireta, na qual o produtor tem condições de exercer controle sobre a atividade do distribuidor, e, ao mesmo tempo, transferir-lhe parte dos riscos do negócio: a concessão comercial.<sup>72</sup> Por ora, retemos a idéia de que a concessão comercial é a modalidade de distribuição na qual se estabelece uma relação duradoura entre um produtor e um comerciante, onde este adquire bens daquele para revendê-los no mercado. Como veremos, a evolução do processo distributivo vai agregando conteúdo a essa relação, tornando-a mais complexa. No momento, o que nos interessa é realçar a idéia de que, diversamente do que sucede em outros tipos de distribuição indireta, forma-se um vínculo duradouro entre o produtor e o distribuidor, o qual, normalmente, é solidificado pela existência de cláusulas de exclusividade a favor de uma ou de outra parte ou de ambas.

Historicamente, são apontados os contratos de distribuição de cerveja, celebrados, a partir do século XVIII, entre fabricantes e distribuidores desse produto, como os precursores dos atuais contratos de concessão.<sup>73</sup> Tais contratos, informa CAGNASSO, foram mesmo objeto de regulamentação na Bavária.<sup>74</sup> Todavia, é a partir do final do século passado que essa modalidade de distribuição ganha impulso, passando a chamar a atenção da doutrina e da jurisprudência. Na Itália, a concessão teria surgido do tronco comum da relação de fornecimento, pela agregação de uma cláusula de exclusividade,

<sup>72</sup> O termo “concessão”, emprestado do Direito Administrativo, é bastante sugestivo. tal como a concessão para a utilização de bens ou prestação de serviços públicos, a concessão comercial traz consigo a idéia de um privilégio, normalmente exercido em regime de exclusividade, outorgado ao concessionário. Nesse sentido, Osvaldo J Marzorati, *Sistemas de distribución comercial*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 110; Rubens Requião, *O contrato de concessão de venda com exclusividade. concessão comercial*, *Revista de Direito Mercantil*, a XI, n 7, p 17-45, 1972, p 18, Jean Guyenot, *Les contrats de concession commerciale*, Paris, Sirey, 1968, p. 23, e Claude Champaud, *La concession commerciale*, *Revue de Droit Commercial*, a. XVI, p. 451-504, 1963, p 453

<sup>73</sup> Maria Helena Brito, *O contrato de concessão comercial*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 34; Virassamy, *Les contrats de dépendence. essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendence économique*, Paris, LGDJ, 1986, p 67.

<sup>74</sup> *La concessione di vendita*, p 47, onde o autor refere ordenanças dos séculos XVIII e XIX

sendo, por isso mesmo, denominada *vendita con esclusiva*.<sup>75</sup> Na França, os contratos de concessão foram conhecidos no começo do século como *ventes à monopole*, sendo estigmatizados pelos abusos que, ao seu abrigo, eram praticados contra os varejistas,<sup>76</sup> situação que só mudou a partir da metade dos anos 50.<sup>77</sup> Por sua vez, na Alemanha, a jurisprudência reconhece desde logo a figura do *Generalvertretung*, comerciante com exclusividade de venda de certo produto em determinado território. O conteúdo do contrato foi apreendido em decisão proferida pelo Reichsgericht em 1900: “Conenuto essenziale del contratto è che [una parte] intraprende [in nome e per conto proprio] la rivendita delle merci [dell'altra] e questa si obbliga a cederle le merci secondo il suo bisogno a prezzi determinati”.<sup>78</sup> As decisões que se seguem a esta ressaltam o dever promocional a cargo do concessionário e identificam a exclusividade como um elemento essencial do contrato.<sup>79</sup>

Sem embargo da difusão dos contratos de concessão no meio econômico e de sua importância na formação das modernas redes de distribuição, tal circunstância não acarretou uma multiplicação dos diplomas legislativos regulando esse tipo contratual, comparável à que se deu relativamente aos contratos de agência. Em solo europeu, a exceção ao silêncio legislativo é a Bélgica, que tratou de disciplinar a matéria por Lei de 27 de julho de 1961 (modificada por Lei de 17 de abril de 1971). Esse diploma, ao qual voltaremos adiante, aplica-se aos distribuidores em geral,<sup>80</sup> e traz salvaguardas contra a denúncia vazia da relação contratual, condicionada a aviso prévio razoável (substituível por indenização)<sup>81</sup> e ao pagamento de indenização complementar equitativa, para cujo cálculo será considerada a clientela atraída pelo distribuidor, os investimentos que fez e que continuarão a aproveitar o produtor e os gastos com rescisão de contratos de trabalho.<sup>82</sup> Mas a iniciativa belga não teve eco naquele continente. Nesse sentido, a França é um caso emblemático: as diversas tentativas de criar um regime jurídico próprio para os contratos de distribuição resultaram frustradas.<sup>83</sup> Na Alemanha, à falta de um

<sup>75</sup> Denominação surgida na praxe comercial e recepcionada nos projetos de Código Comercial elaborados por Vivante e por D'Amelio, consoante informa Cagnasso, op. cit., p. 7; v., também, Pardolesi, op. cit., p. 159.

<sup>76</sup> Pardolesi, op. cit., p. 156.

<sup>77</sup> Pardolesi, op. cit., p. 176.

<sup>78</sup> Versão em italiando, transcrita de Pardolesi, op. cit., p. 157.

<sup>79</sup> Ibidem, p. 159.

<sup>80</sup> Quanto à abrangência da Lei, dispõe o § 1º de seu art. 1º: “Quedan sometidos a las disposiciones de la presente ley, no obstante toda cláusula en contrario: 1º) Los contratos de distribución exclusiva. 2º) Los contratos de distribución en virtud de los cuales el concesionario vende, dentro del territorio concedido, la casi totalidad de los productos que son objeto de la convención. 3º) Los contratos de distribución en los cuales el principal impone al distribuidor importantes obligaciones que están ligadas a la distribución de una manera estricta y particular y cuya carga es tal que el distribuidor sufriría un grave perjuicio en caso de rescisión del contrato”. Na sequência, o § 2º do mesmo art conceitua a distribuição: “Para la presente ley, se entiende por contrato de distribución toda convención en virtud de la cual un principal reserva en favor de uno o varios distribuidores, el derecho de vender, en su propio nombre y por su propia cuenta, productos que él fabrica o distribuye”. A versão em espanhol do texto legal, que utilizamos, encontra-se anexa à obra de Marzorati, Sistemas...

<sup>81</sup> Art. 2º.

<sup>82</sup> Art. 3º

<sup>83</sup> Para uma análise desses projetos, consultar Pardolesi, op. cit., p. 189 e seguintes. Merecem destaque, as proposições dos deputados Glon et Cousté, apresentada na sessão legislativa de 1973, e do deputado Turco, do ano seguinte, das quais constavam disposições estabelecendo a obrigatoriedade de um contrato tipo para todos os integrantes da rede, a

regime legal próprio a esse contrato, houve necessidade de recurso analógico ao regime legal da agência, especialmente em matéria de denúncia do contrato. É certo que, em nível supranacional, ainda que sob a ótica exclusiva da proteção à livre concorrência intracomunitária, alguns regulamentos da então CEE (hoje, UE) contemplaram os contratos de concessão comercial, dentre os quais, citam-se: Regulamento nº 1983/83, relativo à isenção por categoria dos contratos de distribuição exclusiva; Regulamento nº 1984/83, relativo à isenção por categoria dos acordos de aquisição exclusiva; Regulamento nº 123/85, relativo à isenção por categoria dos acordos de distribuição exclusiva de veículos e serviço de assistência à clientela, o qual, recentemente, foi substituído pelo Regulamento nº 1.475/95. Esses diplomas, ao elencarem cláusulas admissíveis ou, inversamente, intoleráveis, para fins de enquadramento do contrato na isenção por categoria, influenciam diretamente a formação dos contratos. Sua importância é tanto maior quando se leva em conta a tendência à internacionalização das redes de distribuição, motivo pelo qual poucas escapam à sua incidência. Por outro lado, ainda que sob fundamentos diversos, alguns deles trazem normas iniludivelmente protetoras do distribuidor.<sup>84</sup>

Já no continente americano, diversos países da América Central aprovaram textos voltados à proteção do distribuidor contra a denúncia ou não-renovação imotivada por parte do controlador da rede.<sup>85</sup> Quanto aos Estados Unidos, nesse país houve uma floração de diplomas estaduais dispondo sobre as relações entre franqueadores e franqueados.<sup>86</sup>

No Brasil, até o presente, não existe texto legal que regule de forma geral os contratos de concessão. Há, sim, diploma (Lei nº 6.729/79) que regula extensamente uma modalidade desses contratos, a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. Em trinta e dois artigos, contempla as principais obrigações a cargo das partes, indenizações pela denúncia dos contratos, tratando ainda da negociação coletiva das principais cláusulas integrantes dos contratos de distribuição, por intermédio de convenções entre as categorias econômicas de distribuidores e produtores, e convenções de marca, celebradas entre cada produtor e a respectiva rede de distribuição.<sup>87</sup>

Mas é principalmente a partir do desenvolvimento do tipo social da concessão que as notas características desse tipo contratual foram adquirindo, com o passar do tempo, maior nitidez, e permitindo, por conseguinte, uma melhor diferenciação relativamente a

---

caracterização da própria rede como uma pessoa jurídica, um tempo mínimo para o contrato de concessão, e limites ou proteções contra a denúncia do contrato, tais como a indenização por ruptura injustificada.

<sup>84</sup> É o que acontece, por exemplo, no Regulamento nº 1.475/95, atinente aos contratos de distribuição de veículos, no qual se estabelece um prazo mínimo de 5 anos de duração para os contratos por tempo determinado e um aviso prévio de 2 anos para a denúncia dos contratos por tempo indeterminado.

<sup>85</sup> Referências a tal legislação são encontradas em Marzorati, *Sistemas ...*, p. 174 e p. 291 e seguintes.

<sup>86</sup> Registre-se que, nos EUA, as fronteiras entre a concessão comercial e a franquia não são claras, pelo que nos remetemos ao que foi dito *infra* acerca deste último contrato.

outros contratos relacionados à distribuição indireta. Nessa perspectiva, o primeiro traço característico do contrato em apreço é a duração: entre concedente e concessionário forma-se uma relação duradoura, na qual este assume a obrigação de distribuir no mercado os produtos daquele. Cada concessionário é um canal permanente, e não apenas eventual, de acesso ao mercado para os produtos do concedente. Assim, um dos elementos qualificadores da concessão reside no fato de a relação entre as partes extravasar a mera sucessão de contratos de compra e venda de produtos para revenda no mercado. A singela repetição de operações comerciais de compra e venda é típica do relacionamento que se instaura entre um fabricante e um comerciante atacadista ou varejista, o qual não está necessariamente afinado com a política de distribuição do fabricante, que, nesse caso, tem reduzida capacidade de interferência nas estratégias de revenda ao consumidor final.

Mais importante ainda, para fins de caracterização do contrato, é a necessária colaboração entre concedente e concessionário, no sentido de, em benefício de ambos, se ampliar a clientela para o produto em questão. Ao lado do intercâmbio de prestações, típico dos contratos de compra e venda, apresenta-se, pois, um elemento adicional: a soma de esforços na consecução de um resultado comum, do qual ambas as partes extrairão benefícios.

E, para além da colaboração, também é típica da concessão a existência de um certo poder de controle exercido pelo concedente sobre o concessionário: por meio de uma série de obrigações de fazer e de não-fazer, que orientam a circulação dos bens entre concedente e concessionário e entre este e o consumidor final, o concedente tem condições de direcionar a atividade do concessionário de acordo com a sua política de distribuição. Isso propicia a uniformização das estratégias de atuação no mercado, a garantia do padrão de qualidade do produto e a assistência pós-venda ao consumidor, tudo em prol da conquista racionalizada da clientela. O concedente vende os produtos ao concessionário, mas não deixa por exclusiva conta deste a revenda no mercado consumidor: quer “seguir” seus produtos até o consumidor.<sup>88</sup> A concessão justamente lhe propicia essa possibilidade de controle sobre o processo distributivo e imposição ao concessionário de sua política comercial, sem assunção dos ônus e riscos da distribuição direta.<sup>89</sup>

Há vantagens que compensam essa submissão do concessionário às diretivas do concedente. Normalmente se lhe autoriza o uso dos símbolos de identificação do

<sup>87</sup> Na França, alguns projetos de lei tentaram, sem sucesso, introduzir a negociação coletiva intra-rede

<sup>88</sup> Segundo Carlos Alberto Senatore, Estudo sobre o contrato de concessão comercial, Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1979, p. 26: “Aquele que conclui um contrato de concessão não quer somente vender as suas mercadorias. Quer seguí-las até sua revenda ao consumidor”

<sup>89</sup> Para Maria Helena Brito, O contrato de concessão comercial, p. 178, a função do contrato de concessão consiste no “estabelecimento de uma relação contratual duradoura que permite ao produtor acompanhar a distribuição dos seus produtos, transferindo para o distribuidor os riscos da comercialização e tendo a garantia de que consegue pôr em prática a sua política comercial”.

fabricante e do produto. Para além disso, é comum (mas não indispensável)<sup>90</sup> que a concessão seja outorgada em regime de exclusividade territorial em benefício do concessionário, de forma que, no território de sua atuação, ele não enfrente concorrentes que trabalhem com a mesma marca.

Tudo isso leva a uma crescente integração entre as atividades do concessionário e do concedente, tendente a formar uma complexa organização empresarial, em que aquele exerce a função de comando e coordenação do todo (formado pela rede de concessionários) e este a de operação em um determinado âmbito territorial, o que está a indicar que uma disciplina própria a contratos de permuta já não dá conta integralmente da plethora de questões emergentes do entrelaçamento entre concedente e concessionário.

É conveniente, neste passo, abrir um parêntese, para, lançando mão de uma dicotomia que encontrou boa acolhida na doutrina norte-americana, e que, em obra recente, foi introduzida em nossa ciência jurídica pátria,<sup>91</sup> enquadrar o contrato de concessão (e o mesmo vale, em menor grau, para o contrato de agência, e, em maior, para o contrato de franquia) na categoria dos contratos relacionais (*relational contracts*),<sup>92</sup> por oposição aos contratos descontínuos (*discrete contracts*).<sup>93</sup> Estes caracterizam-se como contratos que geram uma relação pontual entre as partes envolvidas, destinada a uma troca de prestações bem determinada, após a qual se extingue a relação. Deles resultam, em regra, relações contratuais efêmeras, esporádicas e impessoais, e, por isso

<sup>90</sup> Dentre outros autores que negam ser a exclusividade elemento essencial do contrato de concessão, Pinto Monteiro, Denúncia de um contrato de concessão comercial, Coimbra, Coimbra, 1998, p. 47, e Pardolesi, op cit, p 223

<sup>91</sup> Referimo-nos ao livro de Ronaldo Porto Macedo Jr, Contratos relacionais e defesa do consumidor, São Paulo, Max Limonad, 1998, especialmente pp. 105 a 109 e 125 a 136, que seguimos de perto neste trabalho. As diferenças entre ambas as categorias contratuais são esquematizadas nos quadros comparativos de pp 247-256 da mesma obra. Desse livro, extraímos todas as observações que se encontram no texto acerca do tema.

<sup>92</sup> Evidentemente, todos os contratos estabelecem relações entre duas ou mais partes e, nesse sentido, são “relacionais”. De qualquer maneira, optamos por acolher o termo, com o sentido que será explicitado no texto.

<sup>93</sup> Os modelos contratuais em exame foram construídos não a partir de um enfoque dogmático, mas sim com base em uma leitura sociológica e econômica das relações contratuais, vinculando-as às estruturas produtivas. A cada estrutura produtiva corresponderia uma prática contratual específica e um modelo contratual desenhado pela doutrina. Nessa perspectiva, os contratos descontínuos respondem perfeitamente às exigências do alvorecer da civilização industrial, num quadro de produção manufatureira de pequena escala, com pouco planejamento, em que as relações entre os agentes econômicos são irregulares. Nesse contexto, o contrato abrange uma ou algumas poucas relações de intercâmbio entre as partes, podendo se estabelecer no instrumento contratual, com relativa precisão, a totalidade dos elementos integrantes da relação contratual. Porém, com o desenvolvimento da produção em massa, que depende de investimentos de longa maturação, planejamento e maior garantia no fluxo contínuo de insumos (entrada) e mercadorias (saída), tornam-se necessários contratos com maior flexibilidade e abertura na definição de elementos tais como o preço, a quantidade e o prazo de entrega de bens. Numa terceira etapa, que estaria sendo vivenciada atualmente, a produção industrial passa a orientar-se pela especialização flexível, propiciada pela automação. Aí, a relação entre os agentes econômicos envolvidos no processo produtivo (fornecedores, produtores, distribuidores) é caracterizada por grande plasticidade, diante da impossibilidade de se dispor adrede sobre as contingências do futuro. Em razão disso, surgem dificuldades cada vez maiores na definição prévia e rígida de diversos elementos do contrato, tais como preços, quantidades, tipos de produtos, sendo então previstos processos mediante os quais os termos das trocas serão especificados no curso da própria relação contratual. É nesse ambiente sócio-econômico que os contratos relacionais surgem e se firmam como balizadores do contínuo processo de negociação entre as partes. Seria até supérfluo dizer que o processo histórico sumariamente descrito não leva ao desaparecimento de um tipo de contrato mercê do surgimento de outro. O que há, sim, é a coexistência de contratos descontínuos com contratos relacionais. Aliás, é fácil perceber que, nas relações econômicas não-empresariais, continua predominando o contrato descontínuo. Diversamente, as relações estabelecidas entre titulares de atividades econômicas organizadas, pela sua crescente complexidade, observam o novo modelo contratual.

mesmo, descontínuas.<sup>94</sup> Por sua vez, os contratos relacionais produzem um relacionamento extenso e intenso entre as partes, destinado a ter longa duração, plástico, isto é, adaptável à modificação das circunstâncias sócio-econômicas em que se materializa, exigindo um alto grau de colaboração entre os interessados. Assinale-se que os contratos relacionais não se identificam inteiramente com uma categoria mais familiar à dogmática jurídica do *civil law*, qual seja, a dos contratos de duração. Muito embora a duração seja um aspecto recorrente dos contratos relacionais, ela não se afigura suficiente para sua caracterização. Realmente, característica dos contratos relacionais não é apenas a potencial longevidade da relação, mas também a sua complexidade e plasticidade, isto é, a sua capacidade de adaptação às contingências econômicas que afetam os contratantes. Também não se afigura correta a identificação entre contratos relacionais e contratos de sociedade. Estes, sem dúvida, são bons exemplos de contratos relacionais, mas não esgotam as potencialidades de tal modelo. Para evidenciá-lo, basta considerar os vínculos relacionais que se formam entre empresários independentes, gerando integração produtiva ou distributiva, sem que estejam presentes os demais elementos conotativos de uma relação societária.

Mercê de suas características, os contratos relacionais prestam-se não só a ensejar a troca de prestações entre as partes, mas também, sublinhe-se, a coordenar o exercício de suas atividades econômicas. Daí a importância que assume a colaboração entre as partes, que, em regra, deve ser mais intensa do que aquela que se verifica em contratos descontínuos.<sup>95</sup> A colaboração que se impõe é diversa daquela afirmada pela doutrina relativamente aos contratos descontínuos, que é, regra geral, circunscrita ao intercâmbio imediato ou diferido de prestações. Nos contratos relacionais, o compromisso recíproco das partes é mais profundo e extenso, implicando colaboração no desenvolvimento da atividade econômica de cada um dos contratantes. Em muitos casos, dessa cooperação, mais do que da permuta propriamente dita, é que serão obtidos os resultados almejados por cada uma das partes. Há, por conseguinte, certo grau de comprometimento relativamente a objetivos de curto, médio e mesmo longo prazo do outro contratante. Ora, desse vínculo com a própria atividade do outro contratante, pode-se extrair uma conseqüência notável: a maior dificuldade em romper a relação contratual.

<sup>94</sup> “Os contratos descontínuos têm como características básicas o fato de serem impessoais, ‘presentificadores’ (‘presentational’), envolverem uma barganha entre partes instrumentalmente orientadas e requererem o mútuo consentimento das duas partes.” “Ele [o contrato] é descontínuo e compõe uma entidade separada, à medida que ele planeja uma transação separada de todas as transações a ela anteriores, contemporâneas ou subsequentes. Cada ato contratual é considerado um ato isolado, independente e autônomo, pois que tem em si todos os seus elementos essenciais constitutivos.” “Ele [o contrato] é também impessoal porque define a transação em termos de simples troca de mercadoria, isto é, em termos de descrição, de preço, de quantidade, e data de entrega do bem” (Ibidem, p. 105-106)

<sup>95</sup> “Em síntese, o caráter acessório dos deveres de cooperação se transfigura, pois, de três maneiras. Em primeiro lugar, a cooperação assume um papel central no contrato. Em segundo lugar, o dever acessório de cooperação deixa de ser um princípio subsidiário na interpretação dos contratos, que deve ser invocado apenas para preencher lacunas, quando os demais princípios básicos (autonomia de vontade, vinculatividade da obrigação, liberdade contratual etc.) não bastem para resolver o problema, e passa a ser um princípio básico de todos os contratos relacionais, ainda que sua importância varie conforme as circunstâncias particulares de cada caso. Por fim, o dever de solidariedade impõe a obrigação moral e legal de agir em conformidade com determinados valores comunitários, e não apenas segundo uma lógica individualista de maximização de interesses de caráter econômico” (Ibidem, p. 189).

A relação adquire, então, uma estabilidade que é amiúde negada pela doutrina aos contratos de duração por tempo indeterminado. A maior plasticidade no evoluir da relação contratual virá acompanhada de sua maior estabilidade.

Diante do exposto, infere-se também que os contratos relacionais, pela sua maior abertura e plasticidade, fazem apelo a um uso mais intensivo da boa-fé objetiva, tanto na integração do contrato, como na imposição de limites ao agir dos contratantes. Com efeito, se o acordo de vontades inicial não tem como dar conta da complexidade da relação econômica entre as partes, estabelecendo apenas um quadro geral a partir do qual estas deverão especificar elementos do contrato, especificação que não é definitiva, mas deverá renovar-se em diversos momentos da relação contratual, é provável que, na hipótese de um conflito entre as partes, o texto do instrumento contratual forneça pouco apoio ao julgador, que deverá, com base na cláusula geral da boa-fé, buscar subsídios no comportamento das partes e nas práticas comerciais comuns ao tipo de relação em exame.

Encerrando o excursus, e sintetizando as considerações anteriores, podemos então dizer que a concessão comercial configura-se como uma espécie de contrato de distribuição na qual o concessionário adquire produtos do concedente para revenda ao consumidor, no contexto de uma relação duradoura, norteadas pela idéia de esforço conjunto na conquista de clientela, e instrumentalizada por uma série de obrigações de fazer e não-fazer entre as partes, obrigações estas que possibilitam o controle da atividade do concessionário pelo concedente, gerando um fenômeno de integração entre empresas.<sup>96</sup>

Há, pois, uma relação contratual complexa, onde se articulam, por meio de diversas cláusulas contratuais, a permuta (consistente na venda ao concessionário dos produtos a serem distribuídos), a colaboração (objetivo comum de ampliar e consolidar o mercado do produto) e o controle (observância da política comercial estabelecida pelo concedente).<sup>97</sup>

A partir dessas idéias, convém distinguir o contrato de concessão comercial de outros similares.<sup>98</sup>

Relativamente à agência, como já se viu, o *discrimen* se estabelece a partir do fato de que o concessionário, ao contrário do agente, realiza operações comerciais em seu próprio nome e por sua própria conta. O agente comercial presta serviços ao

<sup>96</sup> Champaud, *La concession commerciale*, p. 471, assim conceitua o contrato de distribuição: “une convention par laquelle un commerçant, appelé concessionnaire, met son entreprise de distribution au service d’un commerçant ou industriel appelé concédant pour assurer, exclusivement, sur un territoire déterminé, pendant un période limitée et sous la surveillance du concédant, la distribution des produits dont le monopole de revente lui est concédé”. Temos apenas a observar que a exclusividade territorial, ainda que usual, não é indispensável ao contrato de concessão.

<sup>97</sup> Cagnasso, *La concessione*, p. 32, aponta a existência, na concessão, de uma relação complexa de escambo e colaboração.

<sup>98</sup> Sobre a diferença entre concessão e franquia, remetemo-nos ao que será dito infra acerca deste último contrato.

representado, pelos quais recebe uma comissão, ao passo que o concessionário vende mercadorias de sua titularidade, adquiridas junto ao concedente.<sup>99</sup>

Alguns autores distinguem a concessão comercial da distribuição em sentido estrito. Nesta, os vínculos entre produtor e distribuidor seriam mais tênues, havendo menor grau de integração e de controle sobre a atividade do distribuidor, bem como menos obrigações complementares à revenda dos produtos.<sup>100</sup> Também se aponta na concessão comercial um caráter *intuitu personae*, do qual carece a distribuição.<sup>101</sup> Na mesma linha, há quem diferencie a concessão distributiva da concessão agregativa, sendo esta geradora de uma relação mais estreita entre as partes.<sup>102</sup> Ainda que se aceite essa distinção, não há um limite claro entre os dois contratos, mas uma diferença de grau, representada não pela ausência de um elemento e sim pela sua maior ou menor presença. Por essa razão, fica convencionado que continuaremos a fazer uso do termo concessão, entendendo-o suficientemente amplo para abrigar a concessão comercial e a distribuição comercial em sentido estrito.

Na esteira da doutrina francesa, a concessão comercial pode ser classificada em duas modalidades: concessão exclusiva e concessão seletiva.<sup>103</sup> Ambas são acordos de especialização distributiva: o primeiro, territorial; o segundo, funcional. Há concessão exclusiva quando o concedente outorga ao concessionário o privilégio de, nos limites de um determinado território, ser o único a comercializar seus produtos. Cria-se um tipo de monopólio comercial que, como veremos em pormenor adiante, pode gerar questionamentos sob a ótica da liberdade de concorrência. Essa especialização geográfica vem normalmente acompanhada da exigência de o concessionário operar apenas com os produtos da marca do concedente, não comercializando produtos concorrentes e, mesmo, quaisquer outros produtos. Tem-se aí uma exclusividade em favor do concedente, geradora de maior dependência do concessionário.

Por sua vez, na concessão seletiva, o concedente, sem dar garantia de exclusividade territorial, apenas autoriza a comercialização de seus produtos por

<sup>99</sup> É forçoso reconhecer, todavia, como já referido supra, que, pelo menos em alguns setores, esse diferencial tende a esfumar-se, na medida em que o concessionário passa a receber comissões por vendas diretas realizadas pelo concedente, e a concentrar sua atividade na prestação de serviços pós-venda, serviços estes dos quais, em diversos casos, também é encarregado o agente comercial.

<sup>100</sup> Para Maria Helena Brito, O contrato de concessão comercial, p. 15, é “relativamente tênue a integração econômica do distribuidor autorizado; o produtor consegue seguir e orientar a comercialização de mercadorias sem, no entanto, impor fortes limitações ao distribuidor”. De forma similar, Carlos Alberto Gherzi, Contratos civiles y comerciales partes general y especial, 3 ed., Buenos Aires, Astrea, 1994, p. 96, Juan M. Farina, Contratos comerciales modernos, 1 reimpressão, Buenos Aires, Astrea, 1994, p. 393; Raúl Aníbal Etcheverry, Derecho Comercial y Económico obligaciones y contratos comerciales (parte especial), Buenos Aires, Astrea, 1991, p. 214, Jaime L. Kleidermacher, Franchising: aspectos económicos y jurídicos, 2 ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 121; e Marzorati, Sistemas ..., p. 153.

<sup>101</sup> Claudineu de Mello, Contrato de distribuição, São Paulo, Saraiva, 1987, p. 43; Maria Helena Diniz, Tratado teórico e prático dos contratos, v. 3, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 373.

<sup>102</sup> Astolfo di Amato, Impresa e nuovi contratti: materiali per un moderno Diritto Commerciale, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 203.

<sup>103</sup> Ferrier, Droit de la Distribution, p. 289.



comerciantes que se amoldem a certos requisitos qualitativos que estabelecer.<sup>104</sup> Esses requisitos podem dizer respeito, por exemplo, à localização e apresentação do estabelecimento comercial, assim como à qualificação técnica do comerciante e de seus funcionários. São exigências perfeitamente compreensíveis, quando se trata de distribuir um bem de consumo suntuário ou um aparelho de certo grau de tecnicidade. Para que a concessão seletiva não caracterize uma forma ilegal de recusa de venda, a doutrina estrangeira tem identificado alguns requisitos que devem estar presentes: as condições estabelecidas pelo concedente devem ser passíveis de aferição objetiva, devem igualmente ser congruentes com a finalidade seletiva, isto é, guardar relação de meio-fim com as exigências que cercam a comercialização do produto.<sup>105 106 107</sup>

Como visto, por usualmente não ser a concessão um contrato legalmente tipificado, coloca-se, aqui e alhures, o problema de sua qualificação. É possível reconduzi-la a algum dos tipos legais preexistentes, como a compra e venda, acrescida de algumas cláusulas especiais (tal como a de exclusividade)? Ou se trata de um contrato atípico misto? Ou ainda de um contrato atípico puro? Para responder a essa indagação, convém, preliminarmente, fazer um balanço, sem pretensão de exaustividade, de algumas das posições, estrangeiras e nacionais, acerca da matéria.

Bastante ilustrativo da controvérsia a respeito do tema, o debate na jurisprudência e doutrina italianas, que suscitou as mais diversas posições.<sup>108</sup> Para alguns, certas normas aplicáveis ao contrato de *somministrazione*, tipificado no Código Civil italiano,<sup>109</sup> especialmente as atinentes à exclusividade e à obrigação do adquirente de revender no mercado os produtos que lhe foram fornecidos,<sup>110</sup> levariam ao enquadramento da concessão nesse tipo contratual.<sup>111</sup> Numa posição próxima, defendeu-se haver na concessão uma combinação de elementos do fornecimento e do mandato ou da agência.<sup>112</sup> Já algumas decisões da Cassação italiana qualificaram o contrato de concessão como forma atípica mista, com elementos da compra e venda (permuta de

<sup>104</sup> Ferrier, op. cit., p. 264; v., também, François Collart Dutilleul e Philippe Delebecque, Contrats civils et commerciaux, p. 791.

<sup>105</sup> Dutilleul e Delebecque, op. cit., p. 791.

<sup>106</sup> A questão dos critérios de seleção dos distribuidores também tem sido analisada pelo prisma do Direito Econômico. Nessa perspectiva, tem-se afirmado a importância de que os critérios de seleção dos distribuidores, de natureza qualitativa, sejam dotados de um razoável grau de objetividade, de forma a afastar o arbítrio do produtor na escolha de seus distribuidores. Sobre o assunto, Jean Schapira, Georges Le Tallec, e J-B. Blaise, Droit européen des affaires, Paris, PUF, 1992, p. 443; Ferrier, op. cit., p. 271.

<sup>107</sup> Em matéria de seleção dos franqueados, segundo critérios objetivos, as Cortes norte-americanas afastam a alegação de uma eventual recusa de venda, salvo prova de prática voltada à exclusão de uma determinada empresa do mercado V., a respeito, Juan Ignacio Ruiz Peris, El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia, Madrid, Civitas, 1991, p. 37.

<sup>108</sup> Para um balanço completo delas, consultar Pardolesi, I contratti di distribuzione, capítulo III.

<sup>109</sup> A definição legal desse contrato, que, em vernáculo, poderia ser denominado “fornecimento”, está plasmada no art 1 559 do Código Civil italiano, *verbis*: “La somministrazione è il contratto con il quale una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, a eseguire, a favore dell’altra, prestazione periodiche o continuative di cose”

<sup>110</sup> Art 1 568, II.

<sup>111</sup> Como relata Augusto Baldassari, I contratti di distribuzione: agenzia, mediazione, concessione di vendita, franchising, Padova, CEDAM, 1989, p. 476. Ver, também, Pardolesi, op. cit., p. 224. Este autor, p. 227, critica a posição assumida por parte da doutrina e por diversas decisões judiciais, de enquadramento da concessão como espécie do contrato de *somministrazione*, por isso implicar quebra da disciplina do tipo legal deste último.

prestações) e do mandato (colaboração).<sup>113</sup> Há também quem, refutando essas tentativas, tenha sustentando a natureza atípica pura do contrato de concessão, tanto sob o prisma estrutural, como funcional.<sup>114</sup> Mas, sem embargo da diversidade de posições, à míngua de um regime próprio para esse contrato, reconheceu-se a necessidade de se fazer empréstimo de regras da compra e venda, do mandato, da agência, e, principalmente, do fornecimento (especialmente a norma inscrita no já citado art. 1.568, II, do Código Civil), na construção de seu regime jurídico.<sup>115</sup>

Em Portugal, MARIA HELENA BRITO, analisou e refutou diversas teorias que tentaram colher a essência da concessão. Considerou insuficiente a sua qualificação como contrato de compra e venda com exclusividade, eis que a concessão é muito mais do que a simples repetição de atos de venda, impondo, para além disso, uma ativa colaboração entre as partes, com vistas à colocação dos produtos no mercado.<sup>116</sup> Por razões similares, diferenciou a concessão do fornecimento, pois, neste, a aquisição de produtos é feita para uso próprio do comprador.<sup>117</sup> Também não aceita a teoria francesa do mandato de interesse comum, mais afinada com o contrato de agência, porque o concessionário não atua como mandatário do concedente, mas realiza operações por conta própria.<sup>118</sup> Refutando ainda outras construções (prestação de serviços, licença de marca, contrato atípico misto que combina elementos dos contratos de compra e venda, agência ou mandato), a autora conclui ser o contrato de concessão comercial uma forma contratual socialmente típica, não um mero agregado de prestações típicas de outros contratos.<sup>119</sup>

CLAUDE CHAMPAUD, na França, espousa opinião original, após afastar teorias que qualificam a concessão como contrato de venda (com cláusula de exclusividade ou monopólio) ou de mandato de interesse comum. Para este comercialista, a concessão é uma técnica de integração, ou melhor, de quase integração entre empresas juridicamente autônomas.<sup>120</sup>

<sup>112</sup> Ponto de vista, como relata Baldassari, op. cit., p. 483, adotado por certas Cortes italianas.

<sup>113</sup> Posição referida por Baldassari, op. cit., p. 479, e também por Roberto Baldi, *Il concessionario di vendita in esclusiva*, in *I contratti della distribuzione commerciale: la disciplina comunitaria, l'ordinamento interno*, vários autores, Milão, Egea, 1993, p. 407.

<sup>114</sup> Remo Franceschelli, *Dal vecchio al nuovo Diritto Commerciale*, Milão, Giuffrè, 1970, p. 466.

<sup>115</sup> Baldassari, op. cit., p. 485, Cagnasso, *La concessione di vendita*, p. 33.

<sup>116</sup> Brito, *O contrato de concessão comercial*, p. 133.

<sup>117</sup> *Ibidem*, p. 135

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 136

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 154 e 170.

<sup>120</sup> Afirma que “on peut tenir le concessionnaire pour un commerçant qui achète les produits du concédant pour les revendre. Il bénéficie d'un monopole de revente de produits dits ‘prévendus’ mais, en contrepartie, il s'intègre au réseau de concessionnaires, qui constitue l'appareil commercial du concédant. Cette intégration est le fruit de la concentration des entreprises dont la concession est une technique juridique originale” (*La concession commerciale*, p. 457). Mais adiante, expressa entendimento de que haveria na concessão, “un état de symbiose économique qui demeure en principe passager et ne met pas en cause l'autonomie apparente de l'entreprise” (p. 469).

Na Alemanha, há tendência para se ver na concessão um contrato misto, que combina um mandato a título oneroso para a promoção de venda com elementos do contrato de compra e venda.<sup>121</sup>

Entre nós, RUBENS REQUIÃO, dedicou estudo pioneiro à conceituação e qualificação do contrato de concessão mercantil.<sup>122</sup> Ao discorrer sobre a qualificação do contrato, tratou de afastá-lo da esfera de tipicidade do contrato de compra e venda, que, a seu ver, na melhor das hipóteses, poderia ser tomado como o marco inicial de construção da nova figura contratual.<sup>123</sup> Também diferencia a concessão do fornecimento, eis que, neste, a compra serve para satisfazer às necessidades próprias do comprador, não sendo direcionada à revenda.<sup>124</sup> Acaba por concluir que a concessão é contrato atípico, cujo regime jurídico se constrói pela justaposição de regras dos contratos de compra e venda, mandato, comissão, prestação de serviços, licença e empreitada.<sup>125</sup>

Para ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, a concessão é contrato atípico misto, no qual o elemento central é a compra e venda, acrescida de outras obrigações de fazer e não-fazer.<sup>126</sup>

WALDÍRIO BULGARELLI, por sua vez, defende ser a concessão uma compra e venda com caráter de estabilidade e algumas cláusulas atípicas, como a de exclusividade.<sup>127</sup>

Passadas em revista essas opiniões, temos que a concessão comercial não se adequa a nenhum dos contratos legalmente típicos existentes.<sup>128</sup> Ela não pode ser reduzida a uma modalidade de compra e venda, acrescida de certas cláusulas atípicas, como a de exclusividade, e de obrigações de fazer e não-fazer. A transferência da titularidade dos bens ao concessionário é elemento típico do contrato de concessão, mas não suficiente para qualificá-lo. Essa transferência só adquire significado no contexto de uma relação de colaboração entre as partes, voltada à conquista do mercado em benefício comum. A mera aquisição dos produtos sem o desenvolvimento de esforços para a sua revenda não atinge os objetivos das partes. O concessionário, em situações normais, não é para o concedente um mero comprador, mas um canal de acesso ao mercado. A concessão, portanto, não expressa apenas uma repetição de operações de compra e venda entre o concedente e o concessionário. Fosse apenas isso, não haveria como diferenciá-la das relações contínuas, mas aleatórias, mantidas entre um industrial e

<sup>121</sup> Claude Witz e Nico Spiegel, *Le Droit allemand de la distribution: le contrat-cadre consacré*, in *Le contrat-cadre: 2- la distribution*, Alain Sayag (dir.), Paris, Litec, 1995, p. 116.

<sup>122</sup> O contrato de concessão de venda com exclusividade: concessão comercial n°.

<sup>123</sup> *Op. cit.*, p. 26.

<sup>124</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>125</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>126</sup> Validade de denúncia em contrato de distribuição sem pagamento indenizatório, *Revista dos Tribunais*, n. 737, p. 97-111, março de 1997, p. 99.

<sup>127</sup> *Contratos mercantis*, 6. ed., São Paulo, Atlas, 1991, p. 433.

<sup>128</sup> Observação que não se aplica, evidentemente, à concessão comercial para venda de veículos automotores terrestres, contrato tipificado pela Lei 6 279/79

um comerciante atacadista ou varejista. Por outro lado, não existe uma relação de mandato entre concessionário e concedente. O concessionário realiza operações no mercado em seu nome e por sua conta própria, o que afasta também qualquer possibilidade de confusão com a agência comercial e a comissão, como já vimos. Todavia, não há como se negar haver, no contrato em apreço, a confluência de elementos pertencentes a diversos contratos tipificados: compra e venda de mercadorias para revenda, licença de uso de bens imateriais, prestação de serviços. Trata-se, assim, de um contrato atípico misto.

Tal conclusão não implica que, na construção de uma disciplina jurídica para o caso concreto, deva o aplicador pura e simplesmente proceder a uma justaposição das normas, componentes da disciplina de diversos tipos contratuais, relacionadas aos elementos presentes no contrato de concessão, na forma preconizada pela teoria da combinação. Tampouco se sustenta a tentativa de absorção do contrato pela disciplina do tipo cujo elemento seria predominante em sua formação. Se é certo que a concessão lança mão de materiais já existentes no universo contratual, o que de resto se aplica a quase todos os novos contratos, é igualmente certo que, ao fazê-lo, ela alcança resultados qualitativamente novos. Neste passo, revela-se toda a utilidade do método tipológico, enfocado retro, que evita o empobrecimento da análise, pelo enquadramento dos tipos contratuais em rígidos conceitos, recortados a partir de algumas poucos elementos, cuja presença é indispensável para que se opere a subsunção, privilegiando, ao revés, uma abordagem menos abstrata e mais próxima à riqueza de conteúdo do dado concreto. Igualmente importante, nesse método, como visto, a idéia de fluidez, de permeabilidade dos tipos, de graduabilidade, da inserção de cada qual numa ordenação de tipos. Aplicando essas idéias ao caso concreto, verifica-se que a concessão comercial insere-se numa ordem polarizada pelos contratos de colaboração (de que é exemplo mais típico o contrato de sociedade) e pelos contratos de permuta (compra e venda, troca), e que nela se encontram presentes elementos de ambas as categorias.

Diante da complexidade desse tipo social, refletida, por sinal, na complexidade dos instrumentos contratuais que lhe dão regulação concreta, é preciso, pois, escapar à tentação de submetê-lo à camisa de força dos tipos legais presentes em nosso ordenamento, que estão longe de exprimir a riqueza de seu conteúdo. O reducionismo forçado certamente levaria a soluções artificiais e deslocadas.

Pelo até aqui exposto, podemos afirmar tratar-se a concessão de um contrato atípico misto,<sup>129</sup> formado pela combinação de elementos de diversos contratos legalmente tipificados, pelo qual o concessionário se obriga a vender no mercado produtos previamente adquiridos do concedente, para o quê, contando com a colaboração deste, deve promover ativamente os produtos objeto da concessão junto aos

<sup>129</sup> Lembrando que a concessão de veículos automotores é contrato tipificado pela Lei nº 6 729/79.

potenciais consumidores. Aí estão entrelaçadas a permuta (compra e venda) e a colaboração (conjunção de esforços para a revenda no mercado).

Seria equivocado, a nosso ver, alçar a compra e venda mercantil a elemento nuclear ou predominante do contrato em exame, caracterizando-se, nessa perspectiva, a concessão como um contrato atípico construído a partir de um tipo modificado ou mesmo um contrato típico com cláusulas atípicas. A compra e venda, aqui, enquadra-se no contexto da distribuição integrada, em que o objetivo maior é o de atingir-se o consumidor final. Nessa perspectiva, o desinteresse do concedente em auxiliar o concessionário na promoção das vendas, satisfazendo-se em transferir-lhe a titularidade dos produtos numa quantidade mínima previamente acordada, e assim transformando o concessionário em seu cliente cativo, caracteriza-se como uma patologia contratual, deflagrando conflitos entre as partes.<sup>130</sup>

Assim, nem mesmo é de se afastar a hipótese de, sem desqualificação do contrato, o concedente, a par de atingir o consumidor por intermédio do concessionário, realizar vendas diretas aos consumidores do território atribuído àquele, pagando-lhe uma comissão,<sup>131</sup> o que, por sinal, elimina o risco, para o concedente, da concentração de operações a crédito na venda de bens ao concessionário, diluindo-se tal risco entre milhares de adquirentes dos bens. Nesse caso, agrega-se ao tipo contratual um elemento típico da representação comercial.

Quanto à exclusividade -- territorial e de aprovisionamento -- sobre o quê teremos mais a dizer adiante, basta, por ora, assinalar que não se trata de um elemento indispensável à qualificação do contrato de concessão, embora, sem dúvida, sua presença, torne-o mais típico.

À parte o problema da tipificação do contrato de concessão, é interessante proceder ao seu exame à luz de categorias mais abrangentes que o tipo contratual, o que facilita a compreensão e trato de alguns problemas que têm gerado perplexidade na jurisprudência e doutrina estrangeiras. Nessa ordem de idéias, verifica-se que o contrato de concessão comercial estabelece as balizas do relacionamento entre as partes por período de tempo mais ou menos longo. Com base nele, opera-se entre as partes um fluxo contínuo de produtos destinados à revenda no mercado. Daí surgiu a indagação sobre se essas repetidas operações se configurariam como atos materiais de execução do contrato original ou se cada uma delas caracterizaria negócio autônomo de compra e venda para revenda. Essa discussão adquiriu relevância sobretudo na França, onde uma jurisprudência particularmente severa quanto à determinação do objeto do contrato não via com bons olhos o fato de o contrato de concessão não estabelecer, de imediato,

<sup>130</sup> Nesse sentido, há notícias de conflitos coletivos entre redes de distribuidores e fabricantes de veículos automotivos, sustentando aqueles que estariam sendo transformados em clientela cativa destes.

<sup>131</sup> Por sinal, a Lei 6.279/79, em seu art. 15, contempla expressamente essa possibilidade.

quantidades, características e preços dos produtos, ou mesmo critérios objetivos para determiná-los, que eram concretizados apenas no curso da relação entre as partes.<sup>132</sup> Para explicar esse fenômeno, descartou-se a hipótese de as sucessivas aquisições de produtos serem simples atos de execução do contrato de concessão. Ao invés, sustentou-se que, na esteira do contrato de concessão, seriam firmados diversos contratos de compra e venda de produtos entre concedente e concessionário. Restou por explicar, então, a natureza do relacionamento entre o contrato de concessão e os sucessivos contratos de compra e venda de produtos. Nesse sentido, uma primeira possibilidade seria considerar o contrato de concessão como um contrato normativo, isto é, um contrato que, sem obrigar à futura contratação – ao contrário do que sucede no contrato preliminar ou promessa de contrato -- estabeleceria, no todo ou em parte, o conteúdo de futuros contratos, quando e se fossem firmados.<sup>133</sup> Do contrato normativo, assinala-se, não nascem obrigações imediatas para as partes, já que sua eficácia está condicionada a um contrato futuro, que pode nem vir a se materializar. E justamente em razão disso a doutrina afastou a possibilidade de qualificação do contrato de concessão como contrato normativo.<sup>134</sup> É que o contrato de concessão, em regra, gera obrigações imediatas para as partes, como, por exemplo, a de respeitar a exclusividade unilateral ou recíproca estabelecida (obrigação de não-fazer), e a de autorizar a utilização de signos distintivos do concedente, dentre outras.<sup>135</sup> Diante disso, construção muito mais compatível com as obrigações emergentes do contrato de concessão consistiria no chamado “contrato-quadro”, que encontra espaço entre a idéia de um contrato de execução sucessiva, no qual quantidades e preços não estariam determinados nem seriam determináveis com base em critérios estabelecidos no próprio contrato, e a mera seqüência de contratos de compra e venda sem qualquer ligação jurídica.<sup>136</sup> O contrato-quadro tem em comum com o contrato normativo a circunstância de dispor sobre o conteúdo de futuras relações contratuais, mas, para além disso, estabelecer obrigações imediatas para os contratantes, não sendo, portanto, um mero *pactum de modo contrahendi*. Realmente, o contrato de concessão não só estabelece as balizas das futuras contratações entre as partes (normatividade interna), e mesmo das contratações

<sup>132</sup> Na Itália, esclarece Pardolesi, op. cit., p. 160, o problema da inicial indeterminação das quantidades a serem adquiridas pela concessionário e do preço dos produtos objeto da concessão foi assim equacionado pela jurisprudência as quantidades ficam a depender do mercado e da capacidade expansiva do distribuidor; o preço, na ausência de acordo, pode ser determinado pelo Magistrado, como, aliás, expressamente autoriza o art. 1.474 do Código Civil

<sup>133</sup> Segundo Maria Helena Brito, op. cit., p. 193, no contrato normativo “as partes, na previsão de uma pluralidade de relações jurídicas a constituir entre elas (ou entre elas e terceiros), determinam antecipadamente, no todo ou em parte, a disciplina jurídica a que tais relações hão-de submeter-se, se e quando efetivamente se constituírem”. Para Francesco Galgano, *Il negozio giuridico*, Milão, Giuffrè, 1988, p. 37. “L’essenza del contratto normativo sta nel fatto che le parti determinano, in tutto (contratto-tipo) o in parte (contratto normativo in senso stretto), il contenuto di futuri ed eventuali contratti, che però restano libere di concludere o non concludere. Solo se e solo quando il contratto particolare sia stato da esse concluso, il contratto normativo produrrà su di loro effetti vincolanti” Posição também defendida por Tullio Ascarelli, *Problemas das sociedades anônimas e Direito Comparado*, São Paulo, Saraiva, 1945, p. 322, Etcheverry, *Derecho Comercial y Económico: obligaciones y contratos comerciales (parte geral)*, Buenos Aires, Astrea, 1994, p. 138; e Farina, *Contratos ...*, p. 80

<sup>134</sup> Maria Helena Brito, op. cit., p. 194; Pardolesi, op. cit., p. 264.

<sup>135</sup> Huet, *Le contrat-cadre: 2- la distribution*, Alain Sayag (dir.), p. 53; Ronzano, *Le contrat-cadre: 2- la distribution*, Alain Sayag (dir.), p. 187.

<sup>136</sup> Alain Sayag, *Le contrat-cadre: 2- la distribution*, p. 439.

entre concessionário e terceiros (normatividade externa),<sup>137</sup> como também dele emergem obrigações exigíveis independentemente da formação de novas relações contratuais.<sup>138</sup> Relativamente aos contratos posteriores, firmados pelas partes para a compra e venda de produtos objeto da concessão, estes são denominados contratos de aplicação, cujo conteúdo, muitas vezes, se limita ao estabelecimento de quantidades e preços, remetendo-se, quanto ao mais, ao contrato-quadro, no qual, em geral, é minudentemente disciplinado o relacionamento entre as partes.

A assimilação, na França, do *discrímen* entre contrato-quadro e contratos de aplicação possibilitou uma reviravolta jurisprudencial, pela qual os Tribunais, partindo de uma posição inicial hostil a certos contratos de concessão sem preço determinado ou determinável, passaram a admitir que a determinação do preço seja um problema próprio aos contratos de aplicação, afastando a alegada invalidade do contrato-quadro.<sup>139</sup>

Saliente-se que, à diferença do que se dá com o contrato normativo, a efetiva realização ou não de contratos de aplicação, no contexto de um contrato-quadro, não é de todo facultativa. Impende reconhecer que certas cláusulas desse acordo, tais como as de exclusividade e de quotas, como teremos oportunidade de examinar infra, podem levar a conseqüências similares às de uma obrigação de contratar.<sup>140</sup> Por outro lado, se o objetivo do contrato-quadro de concessão é regular um fluxo de negócios a serem efetivados entre as partes,<sup>141</sup> a inexistência desse fluxo, ou a sua ocorrência em escala muito reduzido, pode justificar a resolução do contrato pela parte prejudicada.<sup>142</sup> Nesse sentido, pode-se falar não numa obrigação de concluir um contrato determinado, mas numa obrigação genérica de celebrar contratos de aplicação, ou, quando menos, numa obrigação de negociar de boa-fé esses contratos.<sup>143</sup>

Finalmente, sob uma outra ótica de análise, o contrato de concessão, especialmente em suas manifestações mais complexas, enquadra-se na categoria dos contratos relacionais, construção norte-americana examinada acima. Como vimos, nota característica dessa classe de contratos consiste na necessária plasticidade do conteúdo

<sup>137</sup> Distinção traçada por Maria Helena Brito, op. cit., p. 201.

<sup>138</sup> Afirmando a qualificação do contrato de concessão como contrato-quadro, Pinto Monteiro, *Denúncia*, p. 39: "Conforme temos entendido, a concessão é um contrato-quadro ('Rahmenvertrag'/'contrat-cadre') que faz surgir entre as partes uma relação obrigacional complexa por força da qual uma delas, o concedente, se obriga a vender à outra, o concessionário, e esta a comprar-lhe, para revenda, determinada quota de bens, aceitando certas obrigações -- mormente no que concerne à sua organização, à política comercial e à assistência a prestar aos clientes -- e sujeitando-se a um certo controlo e fiscalização do concedente".

<sup>139</sup> Inicialmente, inúmeros contratos de distribuição de combustíveis foram anulados, por falta de expressa determinação do preço do produto. Porém, a Assembléia Plenária da Cassação, acatando lições doutrinárias, decidiu que "lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de celle-ci" (decisão de 1 12.95, apud Ronzano, op. cit., p. 194).

<sup>140</sup> Ronzano, op. cit., p. 29; Huet, op. cit., p. 54.

<sup>141</sup> É nessa linha que Ronzano, op. cit., p. 179, define o contrato-quadro: "un accord de base par lequel les parties fondent et organisent un courant d'affaires, qui implique pour être mené à bien, la conclusion d'une suite de contrats d'application".

<sup>142</sup> A ausência de contratos de aplicação caracteriza, segundo Ronzano, op. cit., p. 209, a inexecução ou caducidade do contrato-quadro.

<sup>143</sup> A tentativa de imposição de preços abusivos pelo concedente, impossibilitando a efetiva realização de contratos de aplicação seria forma de inobservância desse dever, segundo Ronzano, op. cit., p. 194.

da relação obrigacional, que deve ser continuamente adaptado às vicissitudes do mercado e às políticas comerciais do concedente. Com isso, as cláusulas gerais, especialmente a boa-fé, desempenham um papel fundamental na integração do conteúdo do contrato e na limitação dos poderes do concedente. Tal enfoque, portanto, permite superar as objeções quanto a uma insuprimível indeterminabilidade inicial de boa parte do conteúdo do contrato, próprias a um quadro conceitual clássico.



## 1.5. CONTRATO DE FRANQUIA

A franquia constitui o tipo de contrato de distribuição mais complexo hoje existente, criando uma relação intensa e duradoura, simbiótica,<sup>144</sup> entre os contratantes, a qual, como veremos, chega a sugerir a existência de um vínculo associativo. Pode-se afirmar que, no estado da arte, a franquia, em sua configuração mais completa (conhecida como *format business franchise*), ainda é o que há de mais avançado em contrato de distribuição de bens e serviços.

Alguns autores apontam seu surgimento após a guerra de secessão norte-americana, por obra de empresas que desejavam ampliar sua capacidade de distribuição de produtos, caso notório da *Singer Sewing Machine Company*.<sup>145</sup> Todavia, em sua atual configuração, a franquia desenvolveu-se a partir do final da segunda guerra mundial. Nessa perspectiva, um fato “histórico” seria o surgimento da rede McDonald’s, em 1954. Seja como for, é indiscutível a origem desse contrato, como tipo social, na prática comercial norte-americana, diversamente dos contratos de concessão e agência, que tiveram sua gênese no continente europeu.

Em sua expressão mais completa (*format business franchise*), o que dá o tom da franquia é o fato dela envolver a transferência a uma das partes (o franqueado) de um método de exploração de uma atividade empresarial desenvolvido pela outra (o franqueador),<sup>146</sup> bem como dos signos distintivos dessa atividade empresarial e dos produtos e serviços que dela se originam. Opera-se como que um processo de clonagem de uma experiência empresarial bem sucedida, pelo qual se cria um novo corpo econômico dotado de funções, órgãos e aparência similares a outro já existente,<sup>147</sup> podendo-se, por isso, falar em uma genérica licença de uso do bem imaterial “organização” ou mesmo “empresa”, como um bloco unitário.<sup>148</sup> Bem por esse motivo, um autor já denominou a franquia de acordo de reiteração (reiteração da organização do franqueador).<sup>149</sup>

<sup>144</sup> Ronaldo Porto Macedo Jr, op. cit., p. 51.

<sup>145</sup> Esperanza Gallego Sanchez, *La franquicia*, Madrid, Trivium, 1991, p. 19, Marzorati, *Sistemas*, p. 187, Joseba Echebarria Saénz, *El contrato de franquicia. definición y conflictos en las relaciones internas*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 7.

<sup>146</sup> Na franquia, sublinha Peris, *El contrato* ..., p. 19, opera-se “la transmisión de un método completo de explotar una empresa que se opera a través del contrato”.

<sup>147</sup> “La franquicia (o franchising) importa la distribución no ya de un producto o servicio, sino de toda una empresa, que sólo puede existir mediante la repetición de tal organización” (Etcheverry, *Derecho comercial y económico – parte especial*, p. 214).

<sup>148</sup> Echebarria Saénz, *El contrato* ..., p. 132.

<sup>149</sup> É a lição de Ferrier, *Droit de la distribution*, p. 317, que, ao lado dos acordos de especialização (concessões exclusivas ou seletivas), identifica os acordos de reiteração como “méthode de collaboration entre un franchiseur qui a connu une réussite dans une activité de distributeur et des franchisés qui souhaitent la réitérer moyennant rémunération”.

A sofisticação dessa técnica não deve obscurecer a função econômica que busca desempenhar, qual seja, a distribuição de bens e serviços no mercado. Segundo ECHEBARRÍA SÁENZ, a função primordial do acordo de franquia é criar uma rede uniforme de comercialização, mediante a uniformidade do método operativo e da imagem.<sup>150</sup> Com efeito, o interesse do franqueador não se limita a “vender” um modelo empresarial ao franqueado. Bem mais do que isso, seu desiderato está em que o franqueado, de posse do complexo de bens imateriais que lhe é transferido, tenha condições de fornecer no mercado os bens e serviços que ele, franqueador, concebeu, ampliando a clientela da rede.<sup>151</sup>

A distribuição de que se trata, porém, não implica, necessariamente, produção dos bens pelo franqueador e sua transferência ao franqueado, ao contrário do que ocorre na concessão. O fornecimento de bens e serviços para comercialização junto ao mercado consumidor não é da essência desse contrato. Mesmo na franquia de comercialização, da qual falaremos adiante, os bens a serem vendidos podem ter sido adquiridos não do franqueador, mas de terceiro credenciado por este. Nem por isso pode negar-se haver distribuição. O franqueador faz uso de intermediários que não só levam o bem ou serviço ao mercado, como também podem assumir o encargo de reproduzir esse bem ou serviço, tal como foi concebido por ele, franqueador. No extremo, o franqueador apenas gera bens imateriais, cria e desenvolve uma tecnologia organizacional e promocional, delegando a terceiros todas as atividades relacionadas à industrialização e comercialização de bens materiais ou à prestação de serviços.

Já os elementos que não podem ser dispensados do contrato de franquia, sem os quais não se opera a reprodução ou “clonagem” empresarial, consistem i) na licença de uso de signos distintivos do franqueador (título do estabelecimento, insígnias) e dos bens e serviços a serem comercializados (marcas); e ii) na transferência ao franqueado de um conjunto de conhecimentos relacionados à operação do estabelecimento, conhecimentos estes que abrangem técnicas de comercialização, de gestão interna e organização, dentre outros, conhecidos como *know-how* ou, na variante francesa, *savoir-faire*.<sup>152</sup> <sup>153</sup> A

<sup>150</sup> Op cit , p. 75.

<sup>151</sup> “El que concluye un contrato de franquicia no quiere sólo enajenar sus mercaderías, desea ‘seguirlas’ hasta su reventa al consumidor final, conservando sobre ellas un determinado control y manteniendo su presencia a lo largo de todo el proceso de comercialización” (Gallego Sanchez, La franquicia, p. 25) Também qualificando a franquia como método de distribuição, Luisa B. Burlas e Juan C. Couso, in Etcheverry, Derecho Comercial y Económico – parte especial, 387

<sup>152</sup> Entre os estrangeiros, citamos Guyenot, Que es el franchising?, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, p. 21: “El franchising se define como la concesión de una marca de productos o de servicios a la cual se agrega la concesión del conjunto de métodos y medios de venta”. No Brasil, Newton Silveira, O contrato de franchising, in Novos contratos empresariais, Carlos Alberto Bittar (coord), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, p. 156-165, p. 158, para quem “o objeto da franquia é o próprio aviamento, consistente na idéia organizadora do empresário e seus reflexos exteriores (sinais identificadores e posição de mercado)”. Este autor acrescenta, p. 161, ser o know-how elemento essencial do contrato

<sup>153</sup> Dando destaque para tais elementos, o Regulamento CEE nº 4.087/88, que, em seu artigo primeiro, define o acordo de franquia da seguinte maneira: “un accord par lequel une entreprise, le Franchiseur, accorde à une autre, le Franchisé, en échange d’une compensation financière directe ou indirecte, le droit de exploiter une Franchise dans le but de commercialiser des types de produits et/ou de services déterminés; il doit comprendre au moins les obligations suivantes - L’utilisation d’un nom ou d’une enseigne communs et une présentation uniforme des locaux et/ou moyens de transport visés au contrat, - la communication par le Franchiseur au Franchisé de savoir-faire et - la fourniture par le

outorga ao franqueado dos sinais de identificação da franquia e do bem ou serviço, bem assim a conformação do seu estabelecimento a um padrão visual estabelecido pelo franqueador, são essenciais para atrair o público, já cativado pelo renome da franqueador. Já a transferência do *know-how* ao franqueado, acompanhada de assistência técnica e mercadológica ao longo do contrato, e de controle por parte do franqueador sobre as atividades do franqueado, asseguram que a imagem da rede será preservada e que, em cada estabelecimento, serão oferecidos bens e serviços com o mesmo padrão de qualidade.

E é tamanha a importância desses elementos que a sua falta ou insuficiência pode gerar a anulação, resolução ou, quando menos, requalificação do contrato de franquia. Nesse sentido, por exemplo, têm-se pronunciado a jurisprudência e doutrina francesas.<sup>154</sup> Por sinal, o Regulamento CEE nº 4.087/88, que dispõe sobre requisitos de isenção dos contratos de franquia frente às normas de proteção à concorrência do Tratado de Roma, estabelece, após definir o que seja o *savoir-faire*, que ele deve ser secreto, **substancial** e identificado.

Na prática, as diversas prestações do contrato de franquia podem ser vertidas em instrumentos contratuais diversos, como um contrato de transferência de *know-how*, um contrato de licença de uso de marca, um contrato de fornecimento de bens. Mas isso não deve iludir o intérprete quanto à profunda unicidade dessas prestações, que devem ser compreendidas em conjunto. Os diversos instrumentos são como satélites gravitando em torno de um objeto comum. Não há, pois, pluralidade de contratos conexos, mas um contrato único, com multiplicidade de prestações.

Quanto às prestações do franqueado, estas podem ser, cumulativa ou alternativamente, as seguintes: pagamento de uma taxa de ingresso na rede; pagamento de um percentual sobre sua receita de vendas de bens e serviços. Além disso, o franqueado pode estar obrigado a participar do custeio de certas despesas comuns à rede, como as de publicidade.

---

Franchiseur au Franchisé d'une assistance commerciale ou technique pendant la durée de l'accord" Já a Lei nº 8 955/94, que, entre nós, dispôs sobre a obrigação, a cargo do franqueador, de disponibilizar informações prévias sobre a franquia a potenciais franqueados, menciona esses elementos, mas considerou apenas eventual a transferência de *know-how*. De fato, seu art 2º dispõe que: "Franquia empresarial é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício".

<sup>154</sup> Nathalie Huet, op cit., p 42, informa que, em decisão de 09.10 90, a Corte de Cassação francesa anulou contrato de franquia, dada a falta de originalidade do *savoir-faire* e a ausência de notoriedade da marca. No que concerne a este último aspecto, a autora critica a decisão por tendencialmente impossibilitar a instituição de redes de franquia por empresários cuja marca ainda está em fase de consolidação. Ainda quanto ao problema da anulação, v Ferrier, op cit , p. 332; Laurence Amiel-Cosme, Les réseaux de distribution, Paris, LGDJ, 1995, p. 31; Christine Matray, Le contrat de franchise en Droit belge, in Les contrats de distribution commercial en Droit belge et en Droit français, Bernard Pinchart e Jean-Paul Triaille (coord.), Bruxelas, Larcier, 1996, p. 98. Sobre a desqualificação do contrato, Jean-Paul Clément, Le contrat de franchise em Droit français, in Les contrats de distribution commercial en Droit belge et en Droit français, p 158, na Itália, Roberto Baldi, Il contratto di agenzia – la concessione di vendita – il franchising, 5 ed , Milano, Giuffrè, 1992, p 129

Um dos aspectos marcantes do contrato em exame reside no alto grau de integração entre as partes contratantes, como teremos oportunidade de destacar mais adiante. Por ora, apenas diga-se que a empresa do franqueado, em grau maior que a de outros distribuidores, torna-se totalmente dependente da empresa do franqueador. Formalmente autônoma, está em realidade adstrita às políticas da rede de distribuição, ou melhor, do franqueador. Pelo jogo de uma série de cláusulas contratuais, o franqueador tem condições de controlar todos os aspectos relevantes da atividade empresarial do franqueado, brandindo a arma da resolução contratual contra eventuais insubordinações. Integração e controle, portanto, num grau bem mais acentuado que em outros contratos de distribuição, são notas características da franquia.

O modelo da franquia pode ser aplicado a inúmeras atividades econômicas, das mais singelas às mais sofisticada. A franquia pode envolver industrialização de produtos, comercialização de bens, e prestação de serviços. Na primeira modalidade, o franqueado é autorizado pelo franqueador, normalmente mediante outorga de licença de exploração de patente, a fabricar produto sob a marca do franqueador e a introduzi-lo no mercado. Na segunda, o franqueado adquire do próprio franqueador ou de terceiros por ele credenciados, os bens a serem revendidos. Na terceira, o franqueado presta serviços aos consumidores, segundo os padrões estabelecidos pelo franqueador.

Delineados os aspectos gerais do contrato em apreço, já temos condições de distingui-lo da concessão comercial.

Na doutrina, há quem estabeleça paralelo entre a concessão comercial à européia e a franquia à americana, como se, no fundo, se tratasse do mesmo fenômeno, apenas com denominação diversa no novo e no velho mundos.<sup>155</sup> <sup>156</sup> Nessa perspectiva, a franquia, quando muito, seria uma modalidade mais evoluída, mais rica de conteúdo, de concessão comercial. Mas esse posicionamento foi de certa forma rechaçado pela Corte de Justiça da Comunidade Européia, no célebre caso *Pronuptia*,<sup>157</sup> ocasião em que a Corte entendeu não ser aplicável às franquias, dada a sua especificidade, o Regulamento CEE nº 67/67, destinado ao controle, pelo prisma das normas de proteção à concorrência, dos acordos de aprovisionamento exclusivo (dentre os quais, os contratos de concessão).

<sup>155</sup> É a opinião de Guyenot, *Que es el franchising?*, p. 23. Para ele, as diferenças traçadas entre ambos os contratos acabam sendo superadas na prática contratual. Assim, por exemplo, a concessão pode incorporar uma licença de uso de marca, tal como a franquia, p. 28.

<sup>156</sup> No Brasil, negando a diferença entre os contratos de franquia e de concessão comercial, pronunciou-se o professor Rubens Requião, como aliás já anuncia o próprio título de seu trabalho (*Contrato de franquia comercial ou de concessão de vendas*, Revista dos Tribunais, n. 513, julho de 1978, p. 41-62, p. 42). Tal entendimento justifica-se na medida em que, ao tempo em que manifestado (1978), a franquia ensaiava os primeiros passos no Brasil, não havendo ainda, entre nós, um tipo social bem formado, como se verifica atualmente. Vale ainda lembrar que, nos EUA, a franquia tem um conotação mais ampla, a abarcar aquilo que, alhures, denomina-se concessão comercial, o que deve ter influenciado a posição do saudoso comercialista.

<sup>157</sup> Decisão de 28 de janeiro de 1986, no caso nº 161/84.

Por tudo o que já se expôs, ainda que sem a pretensão de estabelecer um limite férreo entre um e outro tipo contratuais, é possível estabelecer um diferencial entre ambos os contratos, a partir de vários elementos e aspectos, que passam a ser examinados. Em primeiro lugar, muito embora, como já visto, a concessão não se limite a uma sucessão de negócios de transmissão de bens entre concedente e concessionário, é certo que a relação de fornecimento é nota característica desse tipo contratual. Realmente, é próprio ao tipo social da concessão a transferência de bens pelo concedente ao concessionário, para revenda. Por sua vez, a franquia pode prescindir da aquisição de produtos pelo franqueado junto ao franqueador, para revenda. Além disso, a franquia pode estar direcionada principalmente à prestação de serviços, a qual, existindo na concessão, tem caráter acessório relativamente à prestação principal. Acresce que a utilização de signos distintivos (título do estabelecimento, insígnias, marcas), bem como a transferência de *know-how*, é apenas eventual na concessão comercial, ao passo que é necessária à caracterização do contrato de franquia.<sup>158 159</sup> O estabelecimento do franqueado deve confundir-se com o estabelecimento do franqueador, tanto pela sua imagem externa, como pelas suas práticas de operação e comercialização. Isso já não se exige na concessão comercial, onde, ainda que possa utilizar a marca do concedente, o concessionário, em regra, apresenta-se ante o consumidor com uma imagem própria e bem definida, normalmente externada por um título de estabelecimento que não se confunde com o do concedente. Em razão disso, a integração entre franqueado e franqueador é muito mais profunda do que aquela que se opera no contrato de concessão.<sup>160</sup> Deveras, a exigência de uniformização da rede de franquia, relativamente a procedimentos de comercialização, técnicos, contábeis, e financeiros, deixa reduzida margem de gestão empresarial autônoma ao franqueado.<sup>161</sup> Quanto à remuneração, o concedente normalmente tem suas receitas originadas da comercialização de seus produtos junto ao concessionário. Na franquia, isso também pode ocorrer, mas a regra é o pagamento de *royalties* ao franqueador, calculados sobre o faturamento mensal do franqueado. É que, enquanto o concedente assume primordialmente a condição de fornecedor de bens ao concessionário, o franqueador é

<sup>158</sup> Antonio Pinto Monteiro, Contratos de agência, de concessão e de franquia, in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia, v. III, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1984, p. 322; Paul Crahay, Les contrats internationaux d'agence et concession de vente, Paris, LGDJ, 1991, p. 9; Aldo Frignani, Contributo ad una ricerca sui profili dogmatici del 'franchising' (con particolare riferimento all'Italia), in Studi in onore di Enrico Tullio Liebman, v 4, Milão, Giuffrè, 1979, p. 3054; Amato, Impresa e nuovi contratti ..., p. 205; Christine Matray, Le contrat de franchise en Droit belge, p. 92.

<sup>159</sup> É forçoso reconhecer, todavia, que, na definição agasalhada pela Lei nº 8.955, o direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócios ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, isto é, o *know-how*, é tido por elemento apenas eventual, ao passo que a cessão de uso de marca ou patente é da essência do contrato. Isso denota que o legislador pátrio adotou uma conceituação mais ampla da franquia, com menos elementos conotativos, e, por conseguinte, com uma abrangência maior. Em outras palavras, entre nós, a franquia não se identifica com o modelo conhecido como *format business franchise*, avizinando-se ainda mais da concessão comercial.

<sup>160</sup> Baldassari, I contratti di distribuzione ..., p. 509; Crahay, Les contrats internationaux, p. 9; Amato, Impresa e nuovi contratti, p. 207; Pinto Monteiro, Contratos de agência ..., p. 322; Fauceglia, Il franchising: profili sistematici e contrattuali, Milão, Giuffrè, 1988, p. 161; Marzorati, Sistemas ..., p. 217.

<sup>161</sup> Para Gerardo Santini, El comercio: ensayo de economía del derecho, Barcelona, Ariel, 1988, p. 86, é justamente a necessidade do franqueado adaptar-se a uma série de comportamentos prefixados de conteúdo bastante variável, mas

um prestador de serviços e licenciador de certos bens relativos à propriedade imaterial ou intelectual.

Do exposto, infere-se que a franquia revela-se, ao menos tendencialmente, um contrato muito mais complexo, em termos de conteúdo obrigacional, que a concessão, além de abarcar atividades-fim, nomeadamente, a prestação de serviços, estranhas ao contrato de concessão.<sup>162</sup> Porém, na perspectiva tipológica, essas diferenças – que são basicamente diferenças de grau, apontando para uma crescente complexidade e aprofundamento da relação entre os contratantes -- não devem obscurecer a proximidade de ambos os contratos. Assim, a transferência de *know-how* também ocorre na concessão, mas em níveis inferiores àqueles verificados na franquia. O concessionário também faz uso da marca do concedente, mas não a ponto de perder completamente sua identidade perante o mercado. Por contraste, o franqueado não possui signos de identificação próprios, mas apenas os da rede de franquias. Por tudo isso, insista-se, a integração entre as partes, na franquia, é muito mais completa que na concessão. Apesar disso, as zonas de transição entre ambos os tipos são fluidas. Há concessões que, pela intensidade de relacionamento entre as partes, já avançam sobre o território típico da franquia e, inversamente, franquias que estabelecem laços muito frouxos entre as partes, as quais, na prática, não trazem obrigações superiores às de um contrato de concessão. E, para dificultar ainda mais a identificação e qualificação concretas, há, como vimos, concessões que passam a concentrar sua atividade apenas na prestação de serviços pós-venda, deixando de comercializar produtos do concedente. Tudo isso recomenda cautela na distinção prática entre ambos os tipos contratuais e favorece, por outro lado, o empréstimo recíproco de soluções jurídicas, pela via analógica.

A partir das notas características do contrato em exame, iluminadas no contraste com a concessão, e recolhidas basicamente no seu tipo social, isto é, na prática que vem moldando as obrigações típicas da franquia, temos condições de tratar de sua qualificação, por referência a outros contratos mais tradicionais. Nesse sentido, há que se fugir à tentação de buscar-se na franquia uma prestação dominante própria a um contrato já tipificado, em que se subsumiria, ou de nela se ver uma simples justaposição de prestações típicas de diversos contratos típicos.<sup>163</sup> Tampouco, como já advertido, o intérprete deve iludir-se com a eventual formalização do contrato em vários instrumentos, um deles tratando da licença de uso de sinais distintivos, outro, da transferência de *know-*

---

todos ligados a um sistema de venda integrado, que oferece a nota característica da franquia, frente à concessão, já que a simples licença de uso de signos distintivos do negócio pode também ocorrer nesta.

<sup>162</sup> Para Baldassari, *I contratti di distribuzione ...*, p. 522, a franquia é uma versão de contratos distributivos mais rica de elementos, cobrindo área mais ampla que a concessão. Na opinião de Cagnasso, *La concessione*, p. 12, “il franchising costituisce, rispetto alla concessioni di vendita, ora un modello tendenzialmente più ricco di elementi, ora un modello differenziato”

<sup>163</sup> Criticável, nesse sentido, a posição de Rubens Requião, *Contrato de franquia comercial ou de concessão de vendas*, p. 46, que qualifica a franquia como um contrato atípico misto, no qual o principal suporte seria a compra e venda mercantil, à qual se agrega o contrato de fornecimento, de prestação de serviços e de exploração de uso de marca. Por

*how*, e assim por diante: há uma função unitária que conecta esses instrumentos, e que os engloba em uma única relação contratual. Enfim, deve-se evitar o “despedaçamento” do contrato de franquia, atribuindo-se vida e tipicidade próprias a cada uma das prestações que o compõe. Mais do que isso, há uma fusão de prestações,<sup>164</sup> dando origem a um tipo contratual novo e inconfundível com os que lhe preexistem, sem que essa conclusão impeça, à falta de uma disciplina legal própria, o empréstimo, para fins de integração analógica, de normas relativas a outros tipos contratuais.<sup>165</sup>

Assinale-se ainda que a indispensável colaboração entre franqueado e franqueador sugere que tal unidade de prestações se opera sob o manto de um contrato associativo em sentido lato. Nessa linha, as opiniões de FAUCEGLIA<sup>166</sup> e de ECHEBARRÍA SÁENZ,<sup>167</sup> que destacam os aspectos de colaboração e organização do contrato de franquia.

É interessante, em remate, lançar um breve olhar sobre a regulação legal do contrato de franquia.

Verifica-se que os países europeus ainda não estabeleceram em suas leis modelos regulativos do contrato em apreço. Especificamente na França, a Lei nº 89-1008, de 31 de dezembro de 1989 (conhecida como *Loi Doubin*, em homenagem ao autor do projeto), apenas dispõe, em seu art. 1º, sobre o dever de informar prévio à contratação da franquia e de outros contratos que envolvam licença de marca e exigência de exclusividade.<sup>168</sup> Mas, em nível comunitário, sob a ótica da proteção à livre

---

sinal, consoante já visto, a compra e venda e o fornecimento sequer são indispensáveis à caracterização do contrato de franquia, especialmente na franquia de serviços ou industrial.

<sup>164</sup> Nesse sentido, Champaud, *Les méthodes de groupement des sociétés*, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, v. XX, 1967, p. 1003-1044, p. 1038, que, após alertar contra a simples justaposição de tipos contratuais -- venda, mandato, locação -- afirma haver na franquia verdadeira fusão de técnicas jurídicas e não simples adição.

<sup>165</sup> Fauceglia, *Il franchising ...*, p. 162, por exemplo, admite a aplicação parcial do regime do contrato de fornecimento à franquia. Também dessa opinião, Echebarría Saénz, *El contrato de franquicia* . . , p. 204.

<sup>166</sup> Para este autor, op. cit., p. 162: “Il franchising, cioè, tende a creare una struttura organizzativa (sistema) caratterizzata dalla durata e dall’elemento integrativo, ispirata a criteri di collaborazione fra le parti”. Seria, assim, um contrato organizacional com função associativa (p. 205). Nesse contexto, a cessão de direitos, o fornecimento de bens, a prestação de serviços seriam “momenti di attuazione e di complemento della ragione organizzativa ed associativa del vincolo” (p. 218).

<sup>167</sup> Para quem, op. cit., p. 203: “La franquicia no es un contrato de cambio propiamente hablando (Austauschvertrag), sino un híbrido entre los contratos de disposición y los contratos organizativos. Aunque posee elementos de licencia de propiedad industrial, de representación, y del contrato asociativo, éstos no son elementos absorbentes con capacidad para totalizar el régimen del negocio en una subsunción, sino sólo rasgos de una institución autónoma sui generis, que exige el tratamiento de los ocasionales conflictos en relación al modelo de solución racional más próximo del ordenamiento jurídico, conforme a su naturaleza jurídica. (...) Personalmente, entiendo más recomendable reconocer la especificidad del contrato de franquicia como un contrato dispositivo y de organización destinado a la creación de una unidad económica y funcional, no típica, mediante la cesión de licencia sobre bienes inmateriales de empresa y el reparto de funciones internas y externas entre las empresas pertenecientes al sistema. La franquicia constituye una agrupación empresarial sin personalidad jurídica.”.

<sup>168</sup> Assim está vazado o art. 1º da Lei: “Toute personne qui met à la disposition d’une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d’elle un engagement d’exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l’exercice de son activité, est tenue préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l’intérêt commun des deux parties de fournir à l’autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s’engager en connaissance de cause” Na seqüência, delega-se ao Executivo o estabelecimento, por decreto, do conteúdo do documento, que deverá trazer informações básicas sobre a experiência da empresa concedente, o estado atual e as perspectivas de desenvolvimento do mercado, a importância de rede, a duração, as condições de renovação, resilição e cessão do contrato, bem assim o campo de exclusividade. Prevê-se, ainda, que o documento deverá ser entregue ao

concorrência e da repressão aos acordos que a restrinjam,<sup>169</sup> e na esteira de um famoso julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça da Comunidade,<sup>170</sup> a então Comissão da CEE editou o Regulamento nº 4.087/88 de 30 de novembro de 1988, o qual dispõe sobre as condições a serem preenchidas pelos contratos de franquia, para que possam gozar de isenção por categoria<sup>171</sup> relativamente às normas do Tratado de Roma que dispõem sobre limitações indevidas à concorrência intracomunitária.<sup>172</sup>

---

interessado com vinte dias de antecedência à assinatura do contrato. A matéria foi regulamentada pelo Decreto nº 91-337, de 4 de abril de 1991, que contemplou elenco de informações a serem apresentadas previamente à assinatura do contrato, a partir do quadro traçado pela Lei. O mesmo Decreto estabelece pena de multa para a hipótese de não serem apresentadas essas informações.

<sup>169</sup> Do que trata o art.85 do Tratado de Roma.

<sup>170</sup> Referimo-nos ao *arrêt Pronuptia*, de 28.01.86, no qual a Corte examinou a validade de cláusulas de um contrato de franquia firmado entre Pronuptia de Paris GmbH, Frankfurt am Main, e Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, Hamburg. Nessa decisão, o TJCE, distinguiu as três principais modalidades de franquia -- franquia de serviços, franquia industrial, e franquia comercial -- para, a seguir, restringir seu campo de análise apenas à franquia comercial. No que toca ao traço diferencial da franquia, a Corte nela vislumbrou mais um método de exploração financeira, sem engajamento de capitais próprios, de um conjunto de conhecimentos, do que uma técnica de distribuição propriamente dita. Deveras, o fundamental, ao ver da Corte, é a cessão de direitos a outros comerciantes, para que venham a se instalar fazendo uso dos métodos, conhecimentos e signos distintivos do franqueador, o que, em si, não atenta à livre concorrência. A partir dessas noções, a Corte identificou i) cláusulas essenciais ao próprio contrato, necessárias à proteção do *savoir-faire* e à preservação da identidade e da reputação da rede, as quais não constituem restrições à concorrência; e ii) cláusulas que, sobre não serem necessárias à proteção do *savoir-faire* e à preservação da identidade e da reputação da rede, restringem efetivamente a concorrência entre os franqueados, caso das que levam a uma divisão de mercados entre franqueador e franqueados e entre os próprios franqueados, estabelecendo exclusividades territoriais, ou que impedem estes de promover entre si uma concorrência de preços, ressalvada a possibilidade de o franqueador comunicar preços indicativos aos franqueados e desde que isso não provoque uma prática concertada entre as partes. Passo seguinte, a Corte verificou se seria possível enquadrar os contratos de franquia em alguma isenção categorial, nomeadamente naquela inscrita no Regulamento nº 67/67, ao que ofereceu resposta negativa, ao fundamento de que esse ato normativo tem seu âmbito material de aplicação restrito aos acordos recíprocos (ou não) de fornecimento e compra, não dizendo respeito aos acordos envolvendo essencialmente a utilização de uma mesma insígnia, e a aplicação de métodos comerciais uniformes, com pagamento em retribuição dessas vantagens, características típicas do contrato de franquia.

<sup>171</sup> As isenções individuais ou por categoria, que afastam a sanção de nulidade, contemplada no art. 85, 2, do Tratado de Roma, são reguladas no § 3º do mesmo artigo, nos seguintes termos: “Toutefois, les dispositions du paragraphe premier peuvent être déclarées inapplicables: - à tout accord ou catégorie d’accords entre entreprises; - à toute décision ou catégorie de décisions d’associations d’entreprises et, - à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées, qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs, b) donner à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d’éliminer la concurrence.”

<sup>172</sup> Nesse Regulamento, a Comissão parte da caracterização da franquia como acordo visando essencialmente ao licenciamento de direitos da propriedade industrial e intelectual, concernentes a marcas e outros signos distintivos e à transferência de *savoir-faire*, que podem ser combinado com restrições envolvendo o fornecimento ou a compra de produtos. No que tange aos elementos essenciais do contrato, o Regulamento destaca a transmissão do *savoir-faire*, entendido como um conjunto de informações práticas não patenteadas, resultante da experiência do franqueador e testadas por este, conjunto que deve ser secreto, substancial e identificado. Operando a distinção entre franquias de serviço, comerciais e industriais, o Regulamento deixa de tratar das últimas, que contêm particularidades envolvendo a licença de produção, sujeitando-se, por conta disso, à aplicação de outros regulamentos comunitários (tais como, segundo Peris, *El contrato de franquicia*, p. 140, o Regulamento nº 556/89, envolvendo a transferência de know-how, e o Regulamento nº 2.394/84, que trata de licenças de patentes). Após constatar, em seus *consideranda*, que os acordos de franquia podem incorrer na vedação inscrita no art. 85, 1, o Regulamento reconhece, por outro lado, que esses acordos também desempenham uma importante função econômica, podendo melhorar a produção e a distribuição de produtos, permitindo o acesso ao mercado de empresas de médio e mesmo pequeno porte (aumentando, por conseguinte, a concorrência entre marcas); ademais, também podem propiciar benefícios ao consumidor, garantindo uma distribuição uniforme e com o mesmo padrão de qualidade de certos produtos ou serviços. Partindo dessas premissas, o Regulamento dispõe sobre as cláusulas que, sem embargo de provocarem restrições concorrenciais, revelam-se necessárias ao alcance dos objetivos básicos do acordo, estando, pois, cobertas pela isenção: i) exclusividade territorial relativa em favor do franqueado, que o impede de buscar ativamente clientes em outros territórios; ii) no que respeita aos produtos que formam o objeto essencial da franquia, a obrigação do franqueado de não usar produtos concorrentes, obrigação que não atinge as peças de reposição e os acessórios. Já a proteção da identidade e reputação da marca justifica as seguintes restrições: i) vendas ou utilização na prestação de serviços apenas de produtos que respondam às especificações objetivas mínimas de qualidade estabelecidas pelo franqueador; ii) vendas apenas de produtos do franqueador ou de terceiros por este indicados, quando, em razão da natureza do produto, não seja possível aplicar especificações objetivas de qualidade; iii) revendas apenas a utilizadores finais dos produtos, a outros franqueados e a outros canais de distribuição abastecidos pelo fabricante dos produtos. A proteção do *savoir-faire*, por sua vez, justifica



Já nos Estados Unidos da América a situação é diversa.<sup>173</sup> Se, em nível federal, há lei prevendo apenas a obrigação de prestar informações sobre o negócio franqueado, previamente à contratação da franquia,<sup>174</sup> já na esfera de competência dos estados-membros, há uma verdadeira floração de textos legais, regulando extensamente a matéria.<sup>175</sup> A *Franchises Law* do Estado de Iowa, apenas para dar um exemplo, traz normas sobre: direito de transferência do estabelecimento franqueado; limites à abertura de novo estabelecimento muito próximo a estabelecimento preexistente de outro franqueado; condições em que é possível extinguir o contrato de franquia por tempo determinado (não-renovação) e indeterminado; observância do princípio da boa-fé nas relações entre as partes; limites à cláusula de proibição de concorrência pelo franqueado, após o término do contrato; termos em que se admite a exclusividade de aprovisionamento.

No Brasil, foi a Lei nº 8.955, de 15 de dezembro de 1994, que dispôs sobre o contrato de franquia empresarial, mas apenas para impor ao franqueador, nos moldes da *Loi Doubin* e do *Full Disclosure Act*, um dever prévio de prestar informações aos interessados em ingressar na rede como franqueados. Para tal, propôs, define a franquia empresarial como “o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso da marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e, eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional

---

a obrigação do franqueado de não desenvolver atividades similares, no curso do contrato, em território onde possa concorrer com outros franqueados da rede, obrigação que pode também ser exigida pelo período de até um ano após o encerramento do contrato, no território onde o franqueado explorava sua franquia. Trata o Regulamento também de cláusulas que, visando à proteção do *savoir-faire*, da identidade e da reputação da marca, embora normalmente não causem restrições concorrenciais, podem eventualmente provocá-las. Uma terceira modalidade de restrições, que não se apresentam necessárias ao acordo e não trazem as vantagens previstas no art. 85, 3, é expressamente proibida pelo Regulamento, e sua presença afasta a isenção: i) realização de acordos de franquia entre empresas que fabricam produtos ou prestam serviços concorrentes, os quais podem dissimular acordos horizontais entre concorrentes, ii) limitações quanto à escolha de fornecedores pelo franqueado, desde que observados os padrões objetivos de qualidade impostos pelo franqueador; iii) determinação dos preços a serem praticados pelo franqueado, ressalvada a sugestão de preços que não dê origem a práticas concertadas. Todavia, mesmo os acordos alcançados pela isenção, em provocando efeitos contrários aos previstos no art. 85, 1, de maneira a restringir a concorrência de forma significativa, em função da estrutura do mercado, poderão ser excluídos do benefício legal pela Comissão. É o que sucede, quando, pelo efeito cumulativo de acordos realizados entre diversos produtores e seus respectivos distribuidores, o acesso a determinado mercado é significativamente restringido.

<sup>173</sup> Convém esclarecer, porém, que, naquele país, a expressão “*franchising*” tem um significado mais amplo que o utilizado na Europa e no Brasil, onde o contrato de franquia é identificado com a *format business franchise*, isto é, com a expressão mais completa da franquia, em que são licenciados ao franqueado não só os direitos de uso de signos de identificação do franqueador, mas também transferido um complexo de conhecimentos comerciais, técnicos e financeiros, para a operação do estabelecimento franqueado (é o sentido que, por sinal, optamos por adotar no presente trabalho). Nos EUA, diversamente, o *franchising* abriga outros tipos de contratos de distribuição, como aquele que, alhures, é conhecido como “concessão comercial”. A respeito dessa importante diferença semântica, Echebarria Saénz, El contrato de franquicia, p. 579; Pardolesi, I contratti di distribuzione, p. 87; Crahay, Les contrats ..., p. 161, Paris, El contrato de franquicia ..., p. 16; Paolo Gnigati, Franchising, in Rivista di Diritto Civile, a XXXIII, n. 4, jun/ag 1981, p. 441-458, p. 441.

<sup>174</sup> Trata-se do *Full Disclosure Act*, de 1978, regulamentado pela *Federal Trade Commission* em 1979. Esse texto se aplica aos contratos de franquia que: a) envolvem distribuição de mercadorias e serviços identificados pela marca do franqueador; b) com importante assistência técnica operacional; e c) com obrigação de pagamento de royalties ao franqueador.

<sup>175</sup> Arkansas, Franchise Practices Act; Califórnia, Franchise Relations Act; Utah, Automobile Franchise Act; Georgia, Franchise Act; Connecticut, Franchises Law; Delaware, Franchise Security Law; Hawaii, Franchise Rights and Prohibitions; Illinois, Illinois Franchise Disclosure Act; Indiana, Deceptive Franchise Practices Law, Michigan,

desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício”.<sup>176</sup> O dever de informação se consubstancia na chamada “Circular de Oferta de Franquia”,<sup>177</sup> a ser fornecida, com antecedência de dez dias à assinatura de contrato, pré-contrato ou ao pagamento de qualquer valor ao franqueador, ao interessado em abrir um novo estabelecimento franqueado, da qual constarão informações sobre: a sociedade franqueadora (organização societária, demonstrações financeiras), disputas judiciais relacionadas à franquia (conflitos acerca de marcas e patentes, litígios com os franqueados); o negócio de franquia e as atividades que serão desempenhadas pelo franqueado; investimentos necessários, taxas e remuneração a serem pagas pelo franqueado; relação dos franqueados que integram a rede e dos que dela se desligaram nos últimos doze meses; existência de exclusividade territorial em favor do franqueado; obrigação de provisionamento exclusivo junto a fornecedores indicados pelo franqueado; obrigações assumidas pelo franqueador; situação do franqueado, após o término do negócio, no que tange à concorrência com a rede e ao sigilo quanto às informações a que teve acesso durante o curso do contrato. Descumprida a obrigação, o franqueado poderá postular a anulação do contrato, com devolução dos valores que pagou ao franqueador.

Como se vê, a Lei nº 8.955 não chegou a estabelecer um modelo regulativo para o contrato de franquia, não tendo paralelo com os textos legais que disciplinaram a representação comercial e a concessão comercial em matéria de veículos automotores. Por isso, parece-nos que a franquia, de certa forma, continua sendo um contrato legalmente atípico,<sup>178</sup> cujo regime jurídico deverá ser construído mediante o empréstimo de normas de outros contratos de distribuição, como veremos em pormenor infra. Seja como for, o diploma em apreço não deixa de apresentar um quadro descritivo do conteúdo potencial dos contratos de franquia, oferecendo às partes um parâmetro para a contratação.

No silêncio do legislador, assumem um papel relevante os códigos de auto-regulamentação e/ou deontológicos elaborados por associações nacionais<sup>179</sup> e

---

Franchise Investment Law; Minnesota, Franchise Law; Mississippi, Franchise Law; Missouri, Franchise Law; Nebraska, Franchise Practices Act; New Jersey, Franchise Practices Act, dentre outros.

<sup>176</sup> Note-se que o legislador considerou essenciais, na definição do contrato, a licença de uso de marca ou de patente, associada ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços, o que caracteriza, consoante já dito, um modelo mais simples de franquia, muito próximo à concessão comercial. Já a transferência de tecnologia de implantação e administração do negócio ou sistema operacional, detidos pelo franqueador, que caracteriza a chamada *format business franchise*, restou qualificada apenas como elemento accidental do contrato.

<sup>177</sup> Com a Circular, o franqueador também deve disponibilizar ao interessado uma cópia do contrato-padrão de franquia.

<sup>178</sup> Para a existência de um tipo legal, na lição de Pedro Pais de Vasconcelos, Contratos atípicos, p. 210, não basta a referência em lei ao contrato; é preciso, mais, que do texto legal emergja um modelo regulativo tendencialmente completo, a partir do qual as obrigações essenciais a cargo de cada uma das partes independam de estipulação em cláusulas contratuais.

<sup>179</sup> No Brasil, a Associação Brasileira de Franchising, criada em 1987, elaborou um código de auto-regulamentação, contemplando obrigações a cargo do franqueador e do franqueado, bem como um código de ética, cabendo à Comissão de Ética daquela entidade zelar pela observância de ambos.

supranacionais<sup>180</sup> de franqueados e franqueadores. Assinale-se que, conquanto esses textos careçam de força legal, refletem o tipo social de franquias, mas também desempenham uma função importante na consolidação desse tipo social, podendo fornecer subsídios para a solução de casos concretos submetidos ao Judiciário e mesmo exercer alguma influência na elaboração de leis acerca da matéria.

---

<sup>180</sup> Em nível supranacional, merece referência o Código Deontológico Europeu de Franquia

## 1.6. PONTOS COMUNS ENTRE OS DIVERSOS TIPOS DE CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO EXAMINADOS

Esboçadas as características dos contratos de agência, concessão comercial e franquia, é tempo de, retomando algumas idéias já afloradas ao longo do texto, procedermos a um esforço de síntese, reunindo pontos comuns a esses contratos, a sugerir um universo problemático igualmente comum e, por conseguinte, soluções similares para as questões que levantam.

Consoante já visto, todos desempenham a mesma função econômica de distribuição de bens e serviços no mercado, conquanto o façam com técnicas diversas. Na agência, atividade auxiliar à distribuição direta, o agente ocupa-se de, sistematicamente, aproximar potenciais consumidores de um produtor ou de um comerciante, tarefa que, em regra, exige investimentos em capital de menor monta por parte do agente, tendo maior peso o seu trabalho pessoal. Já concessão e franquia, formas de distribuição indireta, implicam que concessionário e franqueado a) comercializem por conta própria bens que i) adquiriram de um produtor ou de um terceiro credenciado por este (caso da concessão comercial e da franquia de comercialização); ou que ii) passaram a produzir e comercializar mediante autorização daquele que detém a propriedade industrial (franquia de produção); ou b) que prestem serviços identificados pela marca do franqueador (franquia de serviços).

A doutrina italiana do começo do século identificou nos contratos de distribuição então conhecidos (agência e venda com exclusividade, protótipo das formas modernas de concessão) a chamada representação econômica (que não se confunde com a representação em sentido técnico), pela qual o fabricante, por meio do agente e do concessionário, alcançaria o mercado consumidor.<sup>181</sup> Nessa ordem de idéias, os distribuidores, fossem auxiliares, como o agente, fossem comerciantes autônomos, como os concessionários, seriam os braços econômicos do fabricante.

Numa análise econômica da matéria, SANTINI observa que, pela imposição de certas cláusulas aos diversos contratos distributivos, especialmente as que dizem respeito à prestação de serviços ao consumidor, as diferenças entre uns e outros borram-se, perdem nitidez.<sup>182</sup> Assim, comerciantes autônomos vinculados a uma rede de distribuição e auxiliares do comércio tornam-se, funcionalmente, cada vez mais próximos. Esse alvitre é confirmado pela observação de eventos contemporâneos. O agente comercial e o concessionário assumem obrigações mais significativas no tocante ao

---

<sup>181</sup> Pardolesi, *I contratti ...*, p. 162

<sup>182</sup> *El comercio*, p. 120

atendimento pós-venda ao consumidor.<sup>183</sup> O concessionário, já o dissemos, em alguns casos, tem até deixado de operar como comerciante, limitando-se a intermediar a venda realizada diretamente pelo fabricante ao consumidor, que vem sendo facilitada, pela difusão das modernas tecnologias telemáticas.

O reconhecer a similitude de funções possibilita falar-se em uma família de contratos de distribuição,<sup>184</sup> um microssistema contratual de onde podem ser extraídas regras gerais para a solução de problemas comuns,<sup>185</sup> a partir daqueles dentre tais contratos que tenham recebido modelação legal, caso mais freqüente, como visto, da agência comercial.<sup>186</sup>

Mas a existência de uma proximidade funcional entre os contratos em questão não deve cegar o intérprete para as diferenças estruturais entre eles, que devem ser devidamente consideradas na integração do regime jurídico de cada qual. Não é de somenos importância que, um caso, agência, configure-se como técnica auxiliar da distribuição direta, ao passo que os outros, concessão e franquia, caracterizem-se como modalidades de distribuição indireta. E mesmo entre os contratos de concessão e franquia, consoante assinalado supra, há diferenças de grau relevantes, que não recomendam pura e simplesmente a equiparação de regimes. Por fim, a própria franquia abriga subespécies que estão a exigir tratamento jurídico diferenciado.<sup>187</sup>

Feita essa ressalva, e prosseguindo na busca de notas comuns aos contratos de agência, concessão e franquia, verifica-se que todos eles são contratos de duração, impondo um relacionamento continuado às partes. É isso o que os diferencia de outras técnicas auxiliares à venda direta, como a corretagem, ou de distribuição indireta, como a venda esporádica a atacadistas e varejistas, em que o vínculo jurídico se esgota em prestações instantâneas ou, quando muito, diferidas. Agência, concessão e franquia criam um vínculo duradouro entre as partes, cujo conteúdo não é parcialmente reduzido a cada prestação, mas se mantém incólume pelo tempo em que durar o contrato.<sup>188</sup>

<sup>183</sup> No Brasil, por sinal, o art. 1º da Lei 4.886/65 é explícito ao contemplar, na definição da agência, a possibilidade do agente praticar atos relacionados com a execução dos negócios, o que, a nosso sentir, pode alcançar a prestação de serviços pós-venda.

<sup>184</sup> Etcheverry, *Derecho Comercial – contratos – parte especial*, p. 211, identifica como elemento comum dessa família de contratos “la promoción activa de la comercialización de los bienes o servicios producidos por una empresa”. Já Fernando Martínez Sanz, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Madrid, Civitas, 1995, p. 25, identifica a família de contratos de distribuição no “conjunto de relaciones a través de las cuales los intermediarios profesionales colaboran de manera estable con el productor en orden a la difusión de sus bienes, constituyendo el eslabón entre aquél y los consumidores”.

<sup>185</sup> Quanto às virtualidades auto-integrativas do microssistema, v. Natalino Irti, *Leggi speciali*, p. 149.

<sup>186</sup> No Direito espanhol, Martínez Sanz, *La indemnización* ..., p. 27 e p. 273, justamente reconhece a virtualidade do direito da agência comercial como um possível direito geral da distribuição.

<sup>187</sup> Nesse sentido, o Regulamento nº 4.087/88 da então CEE, reconhecendo as diferenças entre as franquias de comercialização e prestação de serviços, de um lado, e as franquias de industrialização, de outro, optou por não regular estas últimas.

<sup>188</sup> Enquanto a execução continuada não reduz o conteúdo da prestação, a execução parcelada de uma prestação provoca esse efeito. Como preleciona Clóvis do Couto e Silva, *A obrigação como processo*, p. 211, no contrato de duração “o adimplemento sempre se renova sem que se manifeste alteração no débito”, as obrigações “perduram sem que seja

Essa constatação não é desprovida de conseqüências. O contrato de duração apresenta exigências que ou não existem nos contratos instantâneos ou, existindo, são de menor relevo. Neles, coloca-se com mais ênfase o problema do equilíbrio contratual, e não apenas na gênese do contrato (equilíbrio genético), mas, principalmente, no seu transcurso (equilíbrio funcional), questão que pertence ao campo da teoria da imprevisão. Ademais, o comprometimento duradouro das partes reforça o aspecto fiduciário da relação, bem como a exigência de boa-fé objetiva no cumprimento das obrigações contratuais.<sup>189</sup>

De maior importância ainda, na construção de uma teoria e de um regime jurídico comuns a tais contratos, é a exigência de colaboração entre os contratantes, na consecução das finalidades contratuais. Há relações contratuais em que o interesse de uma das partes realiza-se integralmente pela entrega da prestação devida pela outra. Assim, na compra e venda, é a transferência de titularidade de um bem contra o pagamento de quantia em dinheiro; na locação, o uso temporário de um bem contra o pagamento de quantia em dinheiro. Em outras situações, pelo contrário, as prestações de cada um dos partícipes se somam e estão voltadas para a produção de um resultado comum, do qual, aí sim, cada contratante retirará seu proveito próprio.<sup>190</sup> O modelo clássico desse tipo de relação é o do contrato de sociedade. Ocorre que, hodiernamente, a distinção entre esses casos já não é tão precisa,<sup>191</sup> especialmente com o recente desenvolvimento de deveres de conduta exsurgentes do princípio da boa-fé, que acentuam, mesmo nos contratos de prestações contrapostas, a idéia de colaboração entre as partes e não apenas de busca desenfreada da satisfação dos próprios interesses, com completo descaso para os interesses da outra parte.

Nas atividades empresariais, vão se multiplicando os modelos contratuais de colaboração ou associação, para além dos tipos societários mais conhecidos. Se a sociedade é o contrato mais freqüente de comunhão de escopo nem por isso é o único.<sup>192</sup> Esse fenômeno tem sido observado nos diversos ordenamentos jurídicos. Seguem alguns exemplos. No universo jurídico anglo-saxônico, esses acordos são enfeixados sob a rubrica comum *joint venture*. Na França, foi instituído, a partir de 1967, o chamado *Groupement d'Intérêt Économique*, mediante o qual várias empresas colocam

---

modificado o conteúdo do dever de prestação, até seu término pelo decurso do prazo, ou pela denúncia”. Ou ainda, na lição de Franceschelli, *Dal vecchio al nuovo diritto commerciale*, p. 428, tratando do contrato de *vendita con esclusiva*, “anche dopo ciascuna di tali prestazioni il contratto fondamentale conserva, per tutto il tempo della sua durata, la stessa ricchezza di contenuto che aveva in origine”.

<sup>189</sup> Clóvis do Couto e Silva, op. cit., p. 214

<sup>190</sup> Como assevera Galgano, *Il negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 172, em casos tais, o interesse de uma parte não é realizado pela prestação a cargo da outra, mas pelo desenvolvimento da atividade comum à qual está preordenada a prestação

<sup>191</sup> Fauceglia, *Il franchising ...*, p. 174

em comum certas atividades, como as de compra, venda, pesquisa, para poderem fazer frente aos investimentos exigidos pela concorrência cada vez mais acirrada.<sup>193</sup> Esse modelo de agrupamento foi reproduzido no espaço comum europeu, por Regulamento de 25.07.85, que instituiu o *Groupement Européen d'Intérêt Économique*.<sup>194</sup> Na Itália, a legislação prevê a criação de consórcios para coordenação das atividades de produção e troca das empresas.<sup>195</sup> Em Portugal, diploma de 1973 dispôs sobre agrupamentos complementares de empresas.<sup>196</sup> Na Argentina, a Lei 22.903, de 1983, disciplinou as *Agrupaciones de Colaboración*, visando à exploração comum de certos bens e serviços, e as *Uniones Transitorias de Empresas*, para execução de obras.<sup>197</sup> No Brasil, é na Lei das Sociedades Anônimas que encontramos um regime de colaboração entre empresas independentes, o chamado consórcio, regulado nos arts. 278 e seguintes desse diploma.

A colaboração, como já dissemos, também existe nos contratos de distribuição, sem prejuízo da contraposição de interesses das partes contratantes. Assim, no contrato de agência, o agente presta um serviço e, em contrapartida, recebe comissões, mas a potencialização dos resultados depende de esforços comuns no desenvolvimento do mercado para o produto. Na concessão comercial, os reiterados negócios de compra e venda realizados entre as partes devem ser analisados no contexto de colaboração visando ao aumento da clientela para aquele determinado produto.<sup>198</sup> Por isso, o concedente, pena de ver seu negócio se esvaír, não pode tratar o concessionário como o consumidor final de seus produtos, ou, em outras palavras, ficar alheio ao que acontece na etapa final de comercialização, devendo ter sempre a preocupação de, somando esforços com o concessionário, promover seus produtos junto ao mercado consumidor.<sup>199</sup> Isso normalmente implica que ao concessionário caibam os esforços de *marketing* locais, ao passo que o concedente desempenhará a atividade promocional em nível regional ou nacional. O mesmo se dá na franquia: os pagamentos realizados em troca da transmissão de conhecimentos comerciais e tecnológicos, prestação de assistência, e da utilização dos signos distintivos do franqueador, não devem encobrir o objetivo comum das partes, consistente na ampliação do mercado consumidor para o produto ou serviço. Enfim, em todos os casos, o essencial do ganho das partes depende da capacidade de,

<sup>192</sup> Segundo Rachel Sztajn, *Contrato de sociedade e formas societárias*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 36: “Ao nos depararmos com qualquer reunião de pessoas que se dispõem a perseguir fins comuns, estaremos diante de um contrato associativo”.

<sup>193</sup> Philippe Merle, *Droit commercial – sociétés commerciales*, 4. ed., Paris, Dalloz, 1994, p. 603.

<sup>194</sup> Merle, op. cit., p. 618.

<sup>195</sup> Enrique Zaldivar, Rafael M. Manovil e Guilherme E. Ragazzi, *Contratos de colaboración empresarial*, 2. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 39.

<sup>196</sup> Ibidem, p. 42.

<sup>197</sup> Ibidem, p. 14.

<sup>198</sup> Para Maria Helena Brito, *O contrato de concessão comercial*, p. 212: “Organizar a melhor distribuição dos produtos, provocar o máximo de vendas é o objectivo comum que as partes procuram atingir”. Na mesma linha, Marzorati, *Sistemas*, p. 141: “La concesión se incluye en esta categoría porque la finalidad, tanto del concesionario como del concedente, es la venta a los terceros del producto en cuestión, dentro de un marco de responsabilidades mutuas frente al consumidor”.

conjuntamente, consolidarem e aumentarem a clientela da marca, ampliando o mercado para os produtos objeto do acordo. Nessa perspectiva, torna-se ainda mais relevante a observância de certas obrigações emergentes do princípio da boa-fé, como as de proteção e lealdade recíprocas.<sup>200</sup>

Ocorre que a colaboração nesses tipos contratuais não coloca os contratantes em posição paritária, ao contrário do que pode se dar em outros contratos de colaboração empresarial. Com efeito, se em algumas formas de colaboração as partes somam seus esforços, mas mantêm, no desenvolvimento de suas atividades, não só elevado grau de autonomia jurídica, mas também de independência econômica, isso não se dá nos contratos de distribuição, nos quais as atividades do agente, do concessionário e do franqueado sujeitam-se, em grau variável, à política do agenciado, do concedente e do franqueador. Eis aí, para além da colaboração, a integração, fenômeno que indica o liame visceral entre duas ou mais unidades empresariais, criador de uma unidade econômica que desconhece as fronteiras jurídicas entre as diversas sociedades. Trata-se de situação muito parecida com aquela observada nos grupos societários de subordinação, o que aliás não passou despercebido ao olhar arguto de CHAMPAUD.<sup>201</sup>

Esse fenômeno, assinale-se, sequer é exclusivo dos contratos de distribuição e parece seguir uma tendência geral de vinculação contratual das pequenas e médias empresas aos grandes grupos empresariais, seja na fase de produção dos bens, seja na fase de distribuição. Eis aí os contratos de integração agrícola,<sup>202</sup> de subempreitada na construção civil e na atividade industrial, apenas para citar alguns exemplos. De fato, não parece haver campo da atividade econômica em que a sobrevivência dos agentes econômicos de menor envergadura não vá ficando condicionada à necessária integração a grandes grupos econômicos detentores de poder tecnológico e simbólico que atraem o grande público.

Nessa ordem de idéias, as grandes empresas vão delegando a terceiros, progressivamente, suas atividades industriais e comerciais, concentrando-se no desenvolvimento de bens imateriais, tais como invenções, *know-how* e marcas. Tornam-se, como assinala CALIXTO SALOMÃO FILHO, um feixe de organização de contratos.<sup>203</sup>

<sup>199</sup> A Cassação francesa, em decisão de 12.06 93, já confirmou a responsabilidade de fabricante, por omissão no dever de colaboração com seus distribuidores, por ter deixado de, em prejuízo da sua rede, tomar medidas promocionais necessárias à divulgação da marca (referida em Amiel-Cosme, *Les réseaux de distribution*, p. 138).

<sup>200</sup> Echebarria Sáenz, *El contrato de franquicia*, p. 111.

<sup>201</sup> “(.) les contrats d’intégration établissent des situations d’inégalité juridique qui traduisent l’inégalité économique des sociétés qu’ils groupent. Ils consacrent un assujettissement, parfois total, des membres de groupement à l’un d’entre eux, et rappelant, à cet égard, la structure sociétaire des groupes de sociétés” (*Les méthodes de groupement des sociétés*, p. 1035)

<sup>202</sup> Dutilleul e Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, p. 733.

<sup>203</sup> *O novo Direito Societário*, p. 35



A integração é reflexo da dependência entre as partes e, por sua vez, os mecanismos de integração geram mais dependência, ao ponto de o término da relação contratual, por vontade do controlador, poder provocar a destruição da atividade empresarial subordinada. Esses mecanismos são traduzidos em cláusulas contratuais unilateralmente dispostas pelo controlador, as quais tendem a isolar o distribuidor dos demais agentes econômicos (caso da cláusula de exclusividade de aprovisionamento) e a sujeitá-lo às diretivas do fabricante.

Mas o fator essencial da dependência nos contratos empresariais é a concentração da atividade do empresário dependente em torno de produtos e serviços relacionados ao controlador. Isso pode decorrer tanto de uma cláusula de exclusividade de aprovisionamento, como da própria situação fática, na qual o dependente direciona o grosso de sua produção para atendimento à demanda do controlador -- e aí temos uma dependência na fase produtiva -- ou, a jusante da fase de produção, concentra as suas vendas em produtos do controlador.<sup>204</sup> Em ambos os casos, gera-se um perigoso isolamento do mercado, fornecedor ou comprador.<sup>205</sup>

A empresa integrada continua a ser juridicamente autônoma, sob o revestimento, amiúde, de uma forma societária, mas economicamente dependente ou subordinada.<sup>206</sup> Todavia, o reconhecimento jurídico dessa dependência ainda é dificultado pela visão abstrata dos sujeitos de direito, herança do paradigma oitocentista, a qual, se já cedeu passo no trato de algumas relações jurídicas, como as entre trabalhadores e empregadores e, mais modernamente, entre consumidores e empresas, dando origem a novos ramos jurídicos, ainda é moeda corrente no Direito Civil e no Direito Comercial, especialmente neste último. Carecemos, até agora, de uma teoria do comerciante dependente. Porém, apoiados numa compreensão dos fenômenos jurídicos mais aderente às realidades econômicas, já há autores que buscam uma classificação jurídica própria para certos relacionamentos contratuais em que uma das partes orienta toda sua atividade empresarial para dar cumprimento ao contrato, de sorte que sua sobrevivência passa a depender da manutenção deste, o que, por conseguinte, a torna dependente da outra.<sup>207</sup>

<sup>204</sup> Na França, o Conselho da Concorrência identificou, entre outros critérios que permitem aferir a dependência do distribuidor, estes: notoriedade da marca; percentual de participação do fornecedor no mercado; importância do produto no faturamento do distribuidor; possibilidade de aprovisionamento de produtos similares, em condições parecidas, junto a outros fornecedores (Amiel-Cosme, *Les réseaux ...*, p. 218).

<sup>205</sup> Nesse sentido, Jacques Ghestin, *Traité de Droit Civil: la formation du contrat*, p. 52, para quem a dependência econômica dos distribuidores “se trouve renforcée par le fait que, consacrant la totalité de leur potentiel économique à leurs cocontractants, ils sont coupés du marché et engagés dans une monoactivité très périlleuse en cas de cessation des relations contractuelles”. Do mesmo sentir, Champaud, *La concession commerciale*, p. 462. “Or, précisément, la subordination économique du concessionnaire au concédant repose sur l’isolement des marchés auxquels il est conduit par la combinaison de la menace latente de non renouvellement et de l’exclusivité d’approvisionnement”.

<sup>206</sup> Dutilleul e Delebecque, *op. cit.*, p. 22.

<sup>207</sup> Nesse sentido, Georges J. Virassamy, *Les contrats de dépendence ...*, p. 10, que conceitua os contratos de dependência como “les contrats régissant une activité professionnelle dans laquelle l’un des partenaires, l’assujetti, se trouve tributaire pour son existence ou sa survie, de la relation régulière, privilégiée ou exclusive qu’il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer dans sa dépendence économique et sous sa

No que concerne à construção de um regime jurídico que dê conta dessa relação de dependência entre empresas, verificamos, aqui e alhures, uma intervenção pontual do legislador. Nesse sentido, em se tratando de atividades produtivas, agrícolas ou industriais, o legislador francês editou alguns diplomas legislativos que buscam dar garantias à parte dependente. Assim, em matéria de contratos entre agricultores e empresas agro-industriais, foi editada a Lei de 06.07.64. Relativamente aos contratos de subempreitada, existem as Leis de 31.12.75 e 06.01.86.<sup>208</sup> Quanto aos contratos de distribuição, a legislação, como já vimos, é caudalosa em matéria de agência comercial, mas muito mais tímida relativamente aos contratos de concessão comercial e franquia. É aliás o que se constata em nosso ordenamento jurídico, onde existe legislação protetiva do agente comercial,<sup>209</sup> mas que, no tocante aos concessionários, só regulamenta a concessão de venda de veículos automotores.<sup>210</sup>

À míngua de soluções legislativas adequadas aos contratos de dependência, resta apelar analogicamente aos poucos regimes jurídicos talhados pelo legislador ou potencializar, relativamente a tais contratos, a exigência de boa-fé contratual, especialmente no controle dos poderes da parte predominante.<sup>211</sup>

Por derradeiro, indaga-se: a dependência poderia gerar a requalificação do contrato de distribuição como contrato de trabalho?<sup>212</sup> Consoante já visto, há certa proximidade entre os contratos de trabalho e os contratos de agência comercial, onde avulta a atividade pessoal do agente, sendo secundária a organização empresarial. Daí a maior a preocupação legislativa em se garantir um estatuto protetivo em favor do agente, por vezes, bastante próximo, em certos aspectos, aos dos prestadores de serviços

---

domination". Para este autor, p. 135, o que permite identificar um contrato de dependência é a importância da relação contratual para uma das partes, sua regularidade e permanência. Em outro ponto de seu trabalho, p. 160, diferencia a sujeição perfeita, na qual, além da dependência econômica, existe subordinação jurídica, subordinação que resulta da própria natureza do contrato, caso típico do contrato de trabalho, da sujeição imperfeita, onde formalmente não há subordinação jurídica, como se dá nos contratos de distribuição. Para expressar idéias similares, há quem distinga os contratos de ocasião, que estabelecem relações circunstanciais entre as partes, dos contratos de situação, duradouros e vitais para a sobrevivência da empresa, a justificar um regime jurídico diferenciado, que leve em conta a situação de dependência. "Contrats de situation en ce sens que, par leur objet, ils sont déterminants pour la vie d'une entreprise ou son niveau d'activité et sont par là le plus souvent l'instrument d'une vassalité économique. Les contrats d'occasion, qui correspondent à des opérations épisodiques qui ne mettent pas en jeu l'existence de l'entreprise, ne sont pas pour autant à l'abri de cette forme de déséquilibre" (M. Cabrillac, citado por Amiel-Cosme, *Les réseaux*, p. 53). Também abordam o tema, Dutilleul e Delebecque, *op. cit.*, p. 22.

<sup>208</sup> Ghestin, *Traité de Droit Civil: la formation du contrat*, p. 48.

<sup>209</sup> Fundada é certo, como vimos, numa percepção, hoje não de todo verdadeira, do agente não como um empresário, mas como um prestador pessoal de serviços.

<sup>210</sup> A propósito dos concessionários de veículos, a Lei nº 6.729/79, dentre outras disposições, veda, em seu art. 16, I, a prática de atos pelos quais o concedente vincule o concessionário a condições de subordinação econômica, jurídica ou administrativa ou ainda estabeleça interferência na gestão dos seus negócios, num expresse reconhecimento do risco da dependência.

<sup>211</sup> Sobre a importância da boa-fé nesses contratos, Virassamy, *op. cit.*, p. 142.

<sup>212</sup> A consideração desse problema, no Brasil, se mostra tanto mais necessária, quando se tem presente serem bastante comuns as "técnicas" de dissimulação da relação de emprego.

subordinados.<sup>213</sup> Justamente em razão dessa pessoalidade do serviço prestado, a Justiça do Trabalho não tem hesitado em requalificar o agente como empregado, sempre que presente a subordinação hierárquica face ao representado. Nos demais contratos de distribuição, a aproximação aos contratos de trabalho é mais problemática, já que o controle se exerce sobre a empresa do distribuidor. Ao passo que o trabalhador oferece sua força de trabalho pessoal, o concessionário e o franqueado colocam sua organização empresarial sob a dependência do concedente e do franqueador. Todavia, presentes algumas circunstâncias excepcionais, como a própria pertença do estabelecimento físico onde se explora a atividade distributiva ao controlador,<sup>214</sup> não há que se afastar de toda a possibilidade de requalificação desses contratos como contratos de trabalho.<sup>215</sup> Também não devemos excluir a possibilidade de, em situações patológicas, o distribuidor se ver reduzido à condição de gerente do próprio estabelecimento comercial, por conta do rígido controle exercido pela outra parte, reduzindo-se-lhe ao mínimo a liberdade de atuação empresarial.<sup>216</sup> À parte esses casos, a regra geral é de clara distinção entre os contratos de concessão e franquia e os contratos de trabalho, pois a relação de dependência entre empresas não se confunde com a subordinação jurídica própria ao contrato de trabalho.<sup>217</sup>

<sup>213</sup> Na França, por exemplo, há grande proximidade entre os agentes e certas categorias de empregados (os VRP – voyageurs, représentants, placiers) que também têm direito à indenização por clientela. Por sinal, a Lei nº 4.886/65, em seu art. 44 (acrescentado pela Lei nº 8.420/92) estendeu aos agentes a mesma proteção dos empregados, em caso de falência do representado, dispondo que as importâncias devidas ao agente, para fins de habilitação no processo falimentar, são créditos da mesma natureza dos créditos trabalhistas.

<sup>214</sup> Situação levantada por Santini, *El comercio*, p. 87: “El franchising del que se ha hablado hasta el momento puede alcanzar formas económicamente aún más rígidas que llegan incluso a modificar la estructura de la relación cuando, en el deseo de integrar todavía más en la propia empresa la actividad de los distribuidores, se degradan estos últimos a la función de meros gestores (por su cuenta, es decir, a su próprio riesgo) de puntos de venda pertenecientes en propiedad a la casa productora, que se presenta de este modo, con mayor razón, como verdadera y propia sucursalista, en el sentido de propiedad (aunque no gerente) de los establecimientos de reventa”.

<sup>215</sup> Na França, refere Paul Pigassou, *La distribution intégrée*, in *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, a. 33, n. 3, p. 473-546, jul./set. 1980, p. 470, a discussão foi orientada pelo art. L 781-1 do Código do Trabalho, que estende parte do regime protetivo desse diploma a pessoas cuja profissão consiste na venda de mercadorias fornecidas exclusivamente ou quase exclusivamente por empresa industrial ou comercial, quando exercerem sua profissão em local fornecido ou habilitado por essa empresa e nas condições e preços que impõe. A jurisprudência aplicou o preceito aos varejistas de combustíveis que exploram estabelecimentos dos produtores em regime de locação-gerência (Pigassou, *op. cit.*, p. 522; Virassamy, *Les contrats de dépendence*, p. 79), mas deixou de fazê-lo relativamente aos franqueados e concessionários, que gozam de margem de liberdade na exploração de seu negócio (Virassamy, *op. cit.*, p. 85; Amiel-Cosme, *Les réseaux*, p. 193; Dutilleul e Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, p. 761).

<sup>216</sup> Guyenot, *Les contrats de concession commerciale*, p. 105, adverte que, quando à subordinação econômica se soma a subordinação profissional, a posição do concessionário fica muito próxima à de gerentes de sucursais, mandatários, voyageurs, représentants et placiers, ainda que não se confunda totalmente com elas. Para Dutilleul e Delebecque, *op. cit.*, p. 783, o excesso de regulamentação pode levar à requalificação do contrato de franquia para contrato de trabalho. Dessa opinião comunga Marzorati, *Sistemas ...*, p. 245.

<sup>217</sup> Nesse sentido, lembra Pigassou, *La distribution intégrée*, p. 500, que o controle exercido por uma empresa sobre outra não se confunde com a subordinação jurídica, própria ao contrato de trabalho.

## CAPÍTULO 2 - O ENFOQUE COLETIVO: A REDE DE DISTRIBUIÇÃO

Até agora, concentramos nossa atenção no relacionamento bilateral entre principal-distribuidor. Sucede que o enfoque dirigido apenas a essa relação não dá conta da complexidade dos contratos em apreço. Importa, assim, examinar a matéria também sob a ótica multilateral, que é a da rede, composta pelo conjunto de relações jurídicas contratuais entre o principal e o universo de seus distribuidores, unificadas pelo objetivo comum de distribuir no mercado determinados bens e serviços.<sup>218</sup> Nessa perspectiva, após um vislumbre da rede enquanto realidade econômica, caberá verificar se ela encontra expressão própria no mundo jurídico, e, em caso positivo, quais as consequências que disso decorrem em termos de relacionamento entre o principal e seus distribuidores, entre o principal e terceiros, entre os próprios distribuidores e entre a rede e os terceiros externos a ela.

---

<sup>218</sup> Na definição de Amiel-Cosme, *Les réseaux ..*, p. 8: “le ‘réseau de distribution’ est celui qui naît de la somme de volontés individuelles, unissant un fournisseur, l’intégrateur, à une pluralité de revendeurs, distributeurs intégrés, donnant naissance à des accords-cadres principaux liés à des contrats accessoires, constituant un groupe de contrats synallagmatiques, conclus à titre onéreux et dans l’intérêt commun de ses membres, en vue d’organiser la revente de produits et/ou la fourniture de services, sur un marché déterminé, à un consommateur final” Segundo Ferrier, *Droit de la distribution*, p. 227: “On retiendra l’existence d’accords de réseau lorsque se trouve établie une relation économique et juridique avec plusieurs distributeurs pour créer, à travers une image commune, ou une distribution uniforme, ou une répartition homogène des points de vente, un effet de synergie”

## 2.1. A REALIDADE ECONÔMICA DA REDE DE DISTRIBUIÇÃO

A explosiva evolução dos sistemas informáticos e de telecomunicações (que, em sua interação, são conhecidos como telemática) tem acelerado as mudanças organizacionais no mundo das grandes corporações. Uma delas, que interessa assinalar aqui, reside na formação de redes empresariais, congregando e integrando dezenas, centenas e, quiçá, até milhares de unidades empresariais juridicamente autônomas, que passam a ser coordenadas por, ou mesmo subordinadas a, um ou alguns poucos centros decisórios. Na visão de um intérprete desse fenômeno, as redes, não mais as empresas isoladas, vão se tornando a unidade operacional real da economia.<sup>219</sup> Em alguns setores da economia, essa complexa e dinâmica articulação interempresarial revela-se mais claramente aos olhos do observador. Consideremos a indústria automobilística, em que estão presentes todos os fatores que estimulam a formação de redes: os altos investimentos necessários à instalação de plantas industriais, a renovação acelerada de modelos, a operação sob uma ótica global, não mais nacional, o relacionamento com um sem-número de produtores e comerciantes, a montante e a jusante da atividade produtiva da montadora. Tudo isso estimula a distribuição de atividades, custos e riscos entre os múltiplos integrantes da cadeia de produção-comercialização, sob a batuta coordenadora/orientadora da montadora. A atividade desta, tendencialmente, vai se tornando cada vez mais imaterial, no sentido de pesquisar, conceber, organizar, gerenciar, delegando parcelas crescentes das atividades materiais de produção a terceiros. Na arguta observação de um autor, a grande empresa transforma-se num feixe

<sup>219</sup> Castells, A sociedade em rede, p. 190: “(...) a convergência entre as exigências organizacionais e a transformação tecnológica estabeleceu a integração em redes como a forma fundamental de concorrência na nova economia global. As barreiras que impediam o acesso aos setores mais avançados, como o eletrônico e o automobilístico, elevaram-se, dificultando extremamente a entrada de novos concorrentes sozinhos no mercado e até reduzindo a capacidade das grandes empresas para abrir novas linhas de produtos ou inovar os próprios processos de acordo com o ritmo da transformação tecnológica. Nessas condições, a cooperação e os sistemas de rede oferecem a única possibilidade de dividir custos e riscos, bem como de manter-se em dia com a informação constantemente renovada. Mas as redes também atuam como porteiros. Dentro delas, novas oportunidades são criadas o tempo todo. Fora das redes, a sobrevivência fica cada vez mais difícil. Com a rápida transformação tecnológica, as redes – não as empresas – tornaram-se a unidade operacional real. Em outras palavras, mediante a interação entre a crise organizacional e a transformação e as novas tecnologias da informação, surgiu uma nova forma organizacional como característica da economia informacional/global: a empresa em rede.

Para definir a empresa em rede de forma mais precisa, relembro minha definição de organização: um sistema de meios estruturados com o propósito de alcançar objetivos específicos. Ainda acrescentaria uma segunda característica analítica, adaptada (em versão pessoal) da teoria de Alain Touraine. Sob uma perspectiva evolucionária dinâmica, há uma diferença fundamental entre dois tipos de organizações: organizações para as quais a reprodução de seu sistema de meios transforma-se em seu objetivo organizacional fundamental; e organizações nas quais os objetivos e as mudanças de objetivos modelam e remodelam de forma infinita a estrutura de meios. O primeiro tipo de organizações, chamo de burocracias, o segundo, de empresas.

Com base nessas diferenças conceituais, proponho o que acredito ser uma definição (não-nominalista) potencialmente útil da empresa em rede: aquela forma específica de empresa cujo sistema de meios é constituído pela intersecção de segmentos de sistemas autônomos de objetivos. Assim, os componentes da rede tanto são autônomos quanto dependentes em relação à rede e podem ser uma parte de outras redes e, portanto, de outros sistemas de meios destinados a outros objetivos. Então, o desempenho de uma determinada rede dependerá de dois de seus atributos fundamentais: conectividade, ou seja, a capacidade estrutural de facilitar a comunicação sem ruídos entre seus componentes; coerência, isto é, a medida em que há interesses compartilhados entre os objetivos da rede e de seus componentes”.

de contratos, num pólo de coordenação de atividades materiais externas.<sup>220</sup> Com isso, opera-se, para citar ainda uma terceira referência, um fenómeno de concentração (do poder) sem centralização (de atividades), que garante enorme flexibilidade na gestão empresarial, com transferência e diluição dos custos dessa flexibilidade entre os integrantes da rede. É este o pano de fundo que nos permite compreender a integração de empresas no exercício da função distributiva.

Os contratos de distribuição em exame são instrumentos, já o vimos, de uma política de distribuição de bens e serviços a um só tempo descentralizada e integrada. Busca-se a multiplicação de pontos de venda em um ou vários territórios em que se pretenda promover ativamente a comercialização de bens e serviços. Assim, para além das individualmente consideradas, o que importa é o plural, a visualização dos contratos em seu conjunto. O relacionamento entre cada distribuidor e o fornecedor somente adquire pleno significado no contexto coletivo da rede.

O crescimento das redes modernas de distribuição costuma ocorrer de forma relativamente ordenada, segundo uma planificação estabelecida pelo principal. Não se trata, como já tivemos oportunidade de constatar supra, de um mero crescimento quantitativo e aleatório do número de distribuidores. O principal procura não só disciplinar a atuação territorial de seus distribuidores -- daí a razão das cláusulas de exclusividade, que examinaremos adiante -- como também estabelecer parâmetros de atuação para estes. Não se trata mais, para o distribuidor, de comprar para revender ao seu talante, mas de proceder à revenda de acordo com métodos, técnicas, sistemas, padrões, estabelecidos pelo principal. Cada concessionário, cada franqueado, torna-se peça de uma complexa engrenagem econômica, parte de um sistema racionalizado de distribuição.<sup>221</sup> Opera-se, então, o fenómeno da integração econômica, a respeito do qual já tivemos ensejo de dissertar sob o enfoque bilateral. Essa integração não se dá apenas no contexto de uma relação bilateral fornecedor-distribuidor, mas também dentro da moldura mais ampla da rede.<sup>222</sup> Os distribuidores, portanto, exercem uma atividade comercial ordenada a partir de um centro de poder que lhes é externo. Perdem, com isso, parte expressiva de sua autonomia decisória, transformando-se em unidades empresariais semi-autônomas.

O principal logra, com isso, incorporar ao seu projeto empresarial, para desempenho de uma função distributiva, estabelecimentos dos quais não é titular no sentido jurídico. Configura-se uma atividade empresarial que perpassa diversas sociedades, transforma-as em órgãos de uma função econômica, controlada por um

<sup>220</sup> Calixto Salomão Filho, *O novo Direito Societário*, p. 27.

<sup>221</sup> O concessionário, segundo Guyenot, *Les contrats ...*, p. 41, transforma-se em órgão, em um aparelho racionalizado e concentrado de distribuição.

<sup>222</sup> Amiel-Cosme, *Les réseaux ...*, p. 179; Guyenot, *op. cit.*, p. 55

centro. Em outras palavras, surge, por assim dizer, uma empresa plurisocietária, isto é, uma empresa de rede que instrumentaliza as empresas dos distribuidores. Rompe-se a correspondência entre empresa e sociedade.<sup>223</sup> Em outras palavras, a uma realidade econômica unitária ou quase unitária (a empresa em rede) contrapõe-se uma realidade jurídica fragmentária (as diversas sociedades que recobrem braços da rede).<sup>224</sup> Como o Direito dá conta desse fenômeno?

---

<sup>223</sup> Esse fenômeno é captado por G. Ferri, *Manuale di Diritto Commerciale*, 9. ed., Torino, UTET, 1993, p. 530 “L’impresa rimane economicamente unica, perché unica è la mente direttiva, unica la fonte finanziaria, unitaria e unitariamente concepita è l’azione economica che si realizza attraverso le singole operazioni, ma giuridicamente l’unità dell’impresa si risolve nella pluralità delle organizzazioni autonome anche se funzionalmente collegate”. Para Calixto Salomão Filho, *O novo ...*, p. 27, opera-se uma interpenetração das personalidades jurídicas das diversas empresas pela personalidade jurídica da empresa organizadora.

<sup>224</sup> Francesco Sette, *Dal gruppo di imprese all’impresa di gruppo*, *Rivista di Diritto Civile*, a. XXIV, n. 2, p. 267-300, mar/abr 1988, p. 267

## 2.2. TRADUÇÃO JURÍDICA DA REDE

Tem sabor de lugar comum a afirmação de, no mundo moderno, haver um crescente descompasso entre os fenômenos sócio-econômicos, em desnorteante e contínua metamorfose, e o universo jurídico. Este, preso a um arcabouço conceitual construído principalmente no século passado, nem sempre dá conta dos desafios propostos pela sociedade contemporânea. Daí a insistência em se vestir as realidades econômicas com velhos trajes conceituais, tarefa que, por vezes, leva, de um lado, a verdadeiras desfigurações dos institutos jurídicos estabelecidos, e, de outro, ao aprisionamento dos fenômenos sócio-econômicos em camisas-de-força normativas notoriamente impróprias à sua regulação.

A rede de distribuição é bem um desses fenômenos em que se abre um abismo entre a realidade econômica -- caracterizada pela integração de empresas em função de uma finalidade comum -- e a representação jurídica, que vê nisso apenas um conjunto de sociedades independentes entre si, que se relacionam por meio de contratos bilaterais, isolados e incomunicáveis. Essa visão atomista de uma realidade plural tem sido criticada por parte da doutrina, que procura dar sentido jurídico unitário à pletora de contratos que constituem a ossatura de uma rede de distribuição. Procede-se, a seguir, ao exame de algumas alternativas para a solução desse problema.

A rede como grupo ou conjunto de contratos interdependentes. Diversos contratos podem se agrupar por conta de uma função ou objeto, comuns ou conexos. Assim, sem embargo de sua individualidade jurídica, relacionam-se entre si, extraíndo-se conseqüências jurídicas desse relacionamento. O agrupamento pode envolver contratos firmados entre as mesmas partes, quando, por exemplo, há conexão pela causa, estando os diversos contratos direcionados à consecução de um objetivo comum. A conseqüência maior que se extrai dessa conexão é a possibilidade de um contrato ser influenciado pelas vicissitudes do outro. Assim, a inexecução de um dos contratos poderá justificar não só a sua resolução, como a resolução dos que lhe são conexos. Também a interpretação de cada contrato deverá levar em conta a totalidade da relação jurídica existente entre as partes.

A rede de distribuição, porém, diz respeito a grupos contratuais que abrangem contratos bilaterais firmados entre uma multiplicidade de partes, e, dentre tais grupos, aqueles onde, segundo BERNARD TEYSSIÉ,<sup>225</sup> o agrupamento é orientado segundo uma dimensão espacial, isto é, há diversos contratos que têm sempre em um dos pólos o fornecedor e no outro um distribuidor que atua em determinado território. O que liga



esses diversos contratos é o objetivo comum, a distribuição dos bens e serviços do mesmo fornecedor, em zonas diferentes. Para usar uma metáfora geométrica, pode-se dizer que os grupos formados pelos contratos de distribuição possuem uma estrutura circular, cujo centro é ocupado pelo fornecedor e o perímetro dividido, em segmentos, entre os distribuidores.<sup>226</sup>

Segundo essa perspectiva, não existe um contrato único, plurilateral, unindo, em torno de um objetivo comum, os diversos distribuidores.<sup>227</sup> Os múltiplos contratos integrantes do grupo continuam a manter sua individualidade e sua bilateralidade, cada qual relacionando o fornecedor com um único distribuidor, ainda que no seio de uma rede voltada a um objetivo comum. A questão que se coloca é se o intenso relacionamento entre as partes, não só cada distribuidor e o principal, mas os distribuidores em seu conjunto e o principal, não estaria a transcender a mera bilateralidade, sugerindo uma unidade jurídica maior, de natureza societária ou, pelo menos, parassocietária.

A rede como contrato plurilateral.<sup>228</sup> Se, consoante já exposto, a relação bilateral entre fornecedor e cada distribuidor envolve interesses antagônicos, mas também interesses comuns, compartilhados por todos os integrantes da rede, põe-se a hipótese de haver um contrato plurilateral a unir todos os integrantes da rede na consecução de uma finalidade comum. Entre nós, essa tese é defendida por CLAUDINEU DE MELLO, para quem os diversos contratos bilaterais celebrados entre o principal e cada um dos distribuidores nada mais seriam do que atos de adesão a um contrato plurilateral, único, agregando fornecedor e distribuidores, que se associam com a finalidade comum de promover a colocação de um determinado produto no mercado consumidor, para daí obterem uma vantagem econômica.<sup>229</sup> Isso, segundo o autor, não implica existir um contrato de sociedade entre as partes,<sup>230</sup> mas no reconhecimento de um interesse comum não desprovido de consequências jurídicas.<sup>231</sup> Assim, o vínculo plurilateral, por ligar não apenas os distribuidores com o principal, mas também os distribuidores entre si, estaria a permitir que um distribuidor passe a exigir do outro a observância das regras de funcionamento da rede, veiculadas em seu regulamento (reproduzido em cada contrato), especialmente no que respeita à observância da exclusividade territorial.<sup>232</sup>

<sup>225</sup> Les groupes de contrats, Paris, LGDJ, 1975, p. 108.

<sup>226</sup> Ibidem, p. 116. A conexão entre os contratos, nesses termos, reforçaria a oponibilidade, entre os distribuidores, de certas cláusulas contratuais, especialmente as que cuidam da divisão espacial no âmbito territorial da rede, do que trataremos infra.

<sup>227</sup> Ibidem, p. 114.

<sup>228</sup> Na lição clássica de Ascarelli, Problemas das sociedades anônimas ..., é próprio ao contrato plurilateral que cada parte assuma obrigações perante todas as demais, bem como tenha direitos em relação a todas as demais. “Cada parte, pois, tem obrigações, não para com ‘uma’ outra, mas para com ‘todas’ as outras; adquire direitos, não para com ‘uma’ outra, mas para com ‘todas’ as outras” (p. 287). Ainda segundo este autor, p. 291, característica fundamental do contrato plurilateral é a soma de prestações no desenvolvimento de atividade em benefício comum.

<sup>229</sup> Contrato de distribuição, p. 78.

<sup>230</sup> Ascarelli, em seu estudo referido sobre o contrato plurilateral, p. 276, esclarece que, muito embora a sociedade seja a hipótese clássica de plurilateralidade, nem por isso é a única.

<sup>231</sup> Ibidem, p. 79.

<sup>232</sup> Ibidem, p. 84.

Todavia, em que pese a existência de um interesse comum a todos os integrantes da rede de distribuição, isso não chancela a tese exposta. É ilusória a suposição de que a rede se expressa juridicamente enquanto contrato plurilateral. Cada distribuidor firma contrato unicamente com o fornecedor, não com os demais distribuidores. Os diversos contratos de distribuição mantêm sua autonomia jurídica, não sendo absorvidos em um contrato mais amplo,<sup>233</sup> isto é, não se qualificam como declarações de adesão a um contrato coletivo preexistente,<sup>234</sup> como se dá, por exemplo, quando um novo sócio ingressa em uma sociedade constituída. Ademais, se a colaboração é imprescindível aos contratos de distribuição, ela não chega a predominar sobre a oposição de interesses entre as partes. Cada qual procura maximizar o resultado em sua empresa e não apenas colher parte de um resultado comum. Já no contrato plurilateral prevalece a idéia de soma de prestações visando a um resultado comum e não a de troca de prestações.<sup>235</sup>

A rede como uma sociedade. Teríamos aqui um desenvolvimento da idéia anterior, já que a sociedade é o contrato plurilateral por excelência. E, da mesma forma, não nos parece admissível falar em uma sociedade ou metasociedade envolvendo a coletividade de distribuidores e o principal. Que entre eles exista colaboração, esforço conjunto na promoção da marca, isso, a esta altura, parece claro, e dispensa maiores justificações, mas isso não constitui, por si só, uma sociedade entre os integrantes da rede.<sup>236</sup> Bem verdade que, deixando de lado elementos e aspectos acessórios, o que constitui a tônica do tipo societário é justamente a soma de prestações e esforços das partes para o desenvolvimento de uma atividade comum, cujos resultados, ainda que não traduzíveis em ganhos financeiros, são entre elas divididos.<sup>237</sup> Nos contratos associativos, em sentido lato, o interesse de uma das partes não é satisfeito diretamente pela prestação da outra, mas, sim, pelos proveitos obtidos a partir de uma convergência de prestações. Ao

<sup>233</sup> Nesse sentido, a opinião de Teyssié, op. cit., p. 114, que recusa a absorção do grupo de contratos em um contrato único.

<sup>234</sup> Fauceglia, *Il franchising* ..., p. 154.

<sup>235</sup> Ascarelli, op. cit., p. 291.

<sup>236</sup> Advertindo contra excessos doutrinários no sentido de se vislumbrar uma sociedade entre o distribuidor e o fornecedor, Pardolesi, *I contratti* ..., p. 284. Igualmente, Santini, *El comercio* ..., p. 89: "En el plano contractual, en efecto, queda excluido netamente que la presencia de un sistema 'integrado' cambie la causa negocial: estamos siempre en presencia de una relación sinalagmática donde el productor intercambia prestaciones propias (productos y servicios, o tan sólo servicios si la empresa produce sólo éstos) a cambio de las prestaciones exigidas a la otra parte contratante, comprendidos precios, pagos y comportamientos. La presencia del sistema, por tanto, no transforma a la relación en asociativa (...)"

<sup>237</sup> Confira-se o Código Civil: "Art. 1 363. Celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar seus esforços ou recursos, para lograr fins comuns". Com os olhos voltados para esse dispositivo, Walter Moraes, em excelente estudo sobre o tema, *Sociedade civil estrita*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, dá uma elástica interpretação ao que se há de entender por fins ou proveitos comuns. Para este autor, p. 115, a lei admite que o resultado "se trate de um proveito ou benefício economicamente apreciável no mais largo sentido". Dá o exemplo da bolsa de valores, hipótese na qual "o proveito lucrativo, obtêm-no os associados nas suas próprias transações e não por operação da sociedade" (p. 117). Pode se tratar de vantagens difusas, consistentes em serviços de proveito comum ou economia de esforços. Assim, "é forçoso dar, hermeneuticamente, à idéia de partilha, uma significação mais dilatada de reversão e distribuição eqüitativa e proporcional das vantagens resultantes da atividade materialmente econômica" (p. 121). E conclui: "Há o essencial e há o contingente. No plano societário, essencial é ser sociedade e ser obrigação uma o constituto contratual, com as consequências necessárias destes componentes estruturais. A sociedade civil, porém, não

revés, nos contratos de câmbio, o interesse de cada contratante é diretamente satisfeito pela prestação do outro. Ora, nos contratos de distribuição, cada parte assume exclusivamente os riscos de sua atividade, ainda que o fracasso de uma delas possa, naturalmente, prejudicar as demais integrantes da rede. Não há, por outro lado, divisão de resultados, justamente porque os resultados não são comuns, mas são alcançados individualmente por cada distribuidor e pelo principal, aqueles, em suas transações com os consumidores, este, nas operações com os próprios distribuidores. Quanto ao elemento subjetivo da sociedade, a chamada *affectio societatis*, há, nos contratos de distribuição, algo similar, que um autor denomina de *affectio cooperandi*.<sup>238</sup> Esta mantém identidade de natureza, mas diversidade de grau no tocante àquela.<sup>239</sup> Diante disso, se ainda se quiser qualificar, com certa largueza, a rede de distribuição como um contrato associativo, amplamente considerado, devem ser guardadas as devidas cautelas e distâncias relativamente aos contratos de sociedade de que tratam o Código Civil, o Código Comercial e a legislação extravagante, sem prejuízo do aproveitamento, pela via analógica, não direta, de algumas soluções jurídicas próprias a tais tipos contratuais.<sup>240</sup>

Vale ainda lembrar que, numa abordagem tipológica, a que já nos referimos no capítulo anterior, as fronteiras entre os tipos contratuais e entre categorias mais amplas que o tipo tornam-se mais fluidas, permeáveis. Nessa perspectiva, ao invés de buscar uma delimitação rígida entre, de um lado, contratos de câmbio e, de outro, contratos de colaboração, e, daí, qualificar os tipos com que se depara em um ou outro campo, aplicando-lhes automaticamente a disciplina contratual, o aplicador deve buscar

---

deixa de sê-lo por estar ou não organizada, por ser ou não representada, por ter capital ou não, por ser lucro ou não o benefício econômico, por ser ou não separado seu patrimônio” (p. 356).

<sup>238</sup> Para Amiel-Cosme, *Les réseaux ...*, p. 132, a *affectio cooperandi* se traduz em uma “volonté prolongée des parties de collaborer à une oeuvre commune”.

<sup>239</sup> Ambas configuram-se como vontade de colaboração ativa, igualitária e interessada, segundo Amiel-Cosme, *op. cit.*, p. 132. Todavia, na *affectio cooperandi*, as partes mantêm sua independência jurídica e limitam sua colaboração a um setor de atividade (p. 134).

<sup>240</sup> A dimensão associativa ou organizativa do contrato de franquia, no qual, para além da transferência recíproca de prestações, há uma repartição de cargas e competência, é reconhecida por Echebarría Saénz, *op. cit.*, p. 136. Todavia, para este autor, tal não implica assimilação pura e simples da franquia ao contrato de sociedade, salvo em situações anormais, quando se dá uma excessiva intromissão do franqueador na atividade do franqueado (p. 150). Há na franquia, de forma semelhante ao que sucede num contrato de sociedade, um sistema de repartição de riscos e benefícios, programas comuns de publicidade, uma criação e valorização de ativos imateriais comuns às partes (p. 159). “En función de ello, se podría proponer la aplicabilidad de principios y preceptos societarios que expresen la articulación o regulación de intereses convergentes, sin llegar a constituir normas de configuración estrictamente societaria o de regulación estatutaria de la figura del socio, entre ellas: - La obligación de lealtad reforzada. - El derecho de información y control que asiste al partícipe de la unión para la comprobación del cumplimiento de las obligaciones y normas tendentes a la realización de los intereses convergentes. - La concepción de las facultades de dirección comercial como ‘competencia reglada’ informada por el fin común y no como derecho en sentido propio. - El reconocimiento de una dimensión jurídica y no meramente económica a la relación de los partícipes en seno de la organización. Así como el negocio no parece justificar en el plano de las relaciones externas la desaparición de las empresas integrantes como centros de imputación jurídica, si justifica en el de las relaciones internas la legitimación para la defensa del interés común, relativizando la titularidad del negocio jurídico (art. 1.091 C.C.). - La matización del derecho a la denuncia de la relación sin término señalado, propio del contrato sinalagmático de tracto sucesivo, en virtud del art. 1.705 C.C., conforme al cual, para que la renuncia surta efecto há de ser hecha de buena fe y en tiempo oportuno. Igualmente aplicables analógicamente, serían el art. 1.707 C.C., que condicionaría la resolución contractual a tiempo determinado al requisito de justo motivo. El art. 1.706 C.C. que obligaría a un período de liquidación contractual cuando la resolución fuera hecha de mala fe, con ánimo de apropiarse el provecho común, y que obligaría a la continuación hasta la terminación de los negocios pendientes. Los arts. 1.702 y 1.703 C.C. prórroga y conversión en relación a tiempo indeterminado de la relación constituida a tiempo determinado por consentimiento expreso o tácito, a justificar por cualquier medio de prueba” (p. 174).

aproximações, mesclas de elementos de um e outro campo, e, não só isso, atribuir peso, importância a esses elementos no contexto geral do contrato, o que poderá levar, em última análise, a uma certa “mestiçagem” de regimes jurídicos. Nos contratos de distribuição em geral, prepondera a relação de câmbio entre as partes: de serviços por comissões, na representação; de mercadorias por pagamento de um determinado preço na concessão; e de serviços, bens imateriais e mercadorias por *royalties* na franquia; o que, como visto, desaconselha o seu enquadramento como contratos societários ou associativos num sentido lato. Porém, em todos eles, para além do interesse direto de cada parte na contraprestação da outra, ambas as partes têm interesses comuns, consistentes no desenvolvimento de um mercado para o produto ou serviço objeto da distribuição, os quais justificam a existência de obrigações e deveres instrumentais, escritos ou que se podem inferir da boa-fé, próprios a contratos de colaboração, bem como, e isso será objeto de maior aprofundamento adiante, o eventual reconhecimento de direitos do distribuidor, ao termo do contrato, à compensação sobre a clientela que agregou à rede, o que não deixa de apresentar similitudes com a idéia de liquidação parcial de um patrimônio comum, situação típica dos contratos de colaboração. No entanto, para isso, não se faz indispensável o recurso à figura societária, à qual não se amoldam os contratos em exame.

A rede como grupo de sociedades.<sup>241 242</sup> Em seu estudo sobre os contratos de concessão, CLAUDE CHAMPAUD, após qualificar a concessão como técnica de concentração *lato sensu*, vislumbra proximidade entre a situação de um concessionário e aquela de uma filial.<sup>243</sup> Surge, assim, pela justaposição de concessionários, um grupo de subordinação de fato, unificado pelo controle comum exercido pelo concedente, controle este que se fortalece devido ao isolamento dos concessionários relativamente aos demais fornecedores, resultante da cláusula de exclusividade de aprovisionamento, e à possibilidade de extinção dos contratos, por ato unilateral do concedente.<sup>244</sup> Em estudo posterior, este autor volta a afirmar a estrutura jurídica de grupo própria à concessão,

<sup>241</sup> De forma geral, entendemos como grupo uma rede ou estrutura de empresas semi-autônomas.

<sup>242</sup> Os grupos societários classificam-se, segundo um critério, em de fato ou de direito, segundo outro, em de subordinação ou de coordenação. Os grupos de fato (que usualmente são grupos de subordinação) constituem-se a partir do controle que uma sociedade exerce sobre outra ou outras. Esse controle pode ter origem na titularidade de direitos de índole societária, nomeadamente de ações com direito a voto em número que garanta a proeminência de uma sociedade nas deliberações sociais de outra. Pode também ter origem em certos vínculos contratuais que garantam a uma das partes influência dominante sobre a atividade da outra. Quanto aos grupos de direito, formam-se a partir de um acordo entre as sociedades, o qual disciplina a forma de sua atuação conjunta, que pode ser coordenada ou subordinada. Há coordenação, quando o acordo se estabelece entre empresas em situação de paridade, sem que uma exerça controle sobre a outra. Há subordinação, na hipótese de uma sociedade, pelo acordo, sujeitar-se à orientação da outra, o que normalmente pressupõe já existir uma relação de controle fático. Nossa legislação societária conhece os grupos de fato de subordinação, caracterizados pela controle exercido, com base na detença de ações, de uma sociedade sobre outra (art 243, § 2º, da Lei nº 6 404/76). Também conhece os grupos de direito de subordinação, nos quais o controle unificado é formalizado em uma convenção grupal (arts. 265 e seguintes da Lei nº 6.404/76). Por fim, trata dos grupos de direito de coordenação, ao reconhecer uma de suas modalidades, que é o consórcio (arts 278 e seguintes da Lei nº 6 404/76).

<sup>243</sup> “C’est [a concessão] une technique juridique de concentration des entreprises para intégration des distributeurs aux producteurs” (La concession ..., p. 464).

caracterizada pela unidade de decisão econômica e pelo controle que o concedente exerce sobre os patrimônios dos diversos concessionários.<sup>245</sup> Na mesma ordem de idéias, para outro autor francês que se notabilizou pelos estudos relativos a contratos de distribuição, GUYENOT, a função do contrato de concessão é fazer participar a empresa individual de uma ordem coletiva de empresas.<sup>246</sup> Assim, o contrato-quadro de concessão, para além de organizar as relações bilaterais entre concedente e concessionário, é também instrumento de constituição de uma unidade econômica formada por empresas integradas, abrindo espaço para um relacionamento multilateral, permanente e organizado.<sup>247</sup> Esse contrato gera o dever de participar, de forma ativa e contínua, de um grupo de empresas.<sup>248</sup>

Entre nós, o fenômeno do controle, no domínio societário, encontra seu maior estudioso na pessoa de FÁBIO KONDER COMPARATO, que tratou do tema em monografia clássica,<sup>249</sup> e a ele voltou em diversos estudos e pareceres. Interessa-nos aqui destacar a aplicação que esse autor fez da idéia de controle, especialmente do controle externo,<sup>250</sup> às relações entre principal e distribuidores, em que vislumbrou grupos de subordinação. Assim, em estudo dedicado aos contratos de franquia, COMPARATO qualifica a rede formada pelo franqueador e pelos franqueados como um grupo econômico de subordinação externa, sujeito à direção unificada pelo franqueador.<sup>251</sup> Já em parecer relativo a conflito entre concedente e concessionária do setor televisivo, o autor volta a desenvolver a idéia da rede enquanto grupo econômico de subordinação, grupo que define como “associação de empresas juridicamente independentes, sob uma

<sup>244</sup> “En réalité, le concédant en arrive dans cette hypothèse à acquérir la maîtrise de l’affaire. Il peut disposer des biens de l’entreprise concessionnaire comme des siens propres. Il tend à la contrôler comme on contrôle une société” (ibidem, p. 463).

<sup>245</sup> Champaud, *Les méthodes de groupement des sociétés*, p. 1007.

<sup>246</sup> *Les contrats de concession commerciale*, p. 30.

<sup>247</sup> Ibidem, p. 34.

<sup>248</sup> O contrato de concessão “est un engagement de faire partie d’un groupement d’entreprises, d’une manière active et continue” (ibidem, p. 70).

<sup>249</sup> O poder de controle na sociedade anônima, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1983. No prólogo a essa obra, afirma que o “problema fundamental da economia moderna não é mais a titularidade da riqueza, mas o controle sobre ela” (p. 5). Adverte, em razão disso, que cabe ao jurista reconhecer esse fenômeno, identificando-o, reconhecendo sua relevância jurídica, e buscando a disciplina adequada para regulá-lo, de forma a eliminar o descompasso entre a realidade e o sistema jurídico (p. 7). Na continuidade de seu trabalho, conceitua o controle, no contexto societário, como o direito de dispor de bens alheios, vinculados a uma atividade empresarial e, por conseguinte, direcionar a própria atividade “O controle é, pois, o direito de dispor dos bens alheios como seu proprietário. Controlar uma empresa significa poder dispor dos bens que lhe são destinados de tal arte que o controlador se torna senhor de sua atividade econômica” (p. 92). E prossegue “O controle exprime uma particular situação, em razão da qual um sujeito é capaz de marcar com a própria vontade a atividade econômica de uma determinada sociedade” (p. 93). Ferri, *Manuale* ..., p. 520, adota conceituação substancialmente idêntica: “Controllo esprime cioè una particolare posizione per effetto della quale un soggetto è in grado di improntare con la propria volontà l’attività economica di altra società”.

<sup>250</sup> Reconhecendo que o controle se exerce seja mediante instrumentos societários, especialmente pela titularidade de ações que garantem a predominância nas deliberações sociais, seja por instrumentos não-societários, Comparato, op. cit., p. 68, enumera, dentre estes últimos, especiais ligações contratuais que geram dependência de uma empresa em relação a outra, hipótese que, por sinal, vem obtendo algum reconhecimento legislativo, do que é exemplo, assinala o autor, o art. 2.359 do Código Civil italiano: “Sono considerate società controllate: (...) 3) le società che sono sotto influenza dominante di un’altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa”. Nesse sentido, qualifica como caso típico de controle externo aquele envolvendo a relação entre concedente e concessionário (p. 76).

<sup>251</sup> *Franquia e concessão de venda no Brasil: da consagração ao repúdio?*, in *Ensaio e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1978, p. 390.

direção unitária”.<sup>252</sup> Afirma, aí, a natureza societária do grupo empresarial,<sup>253</sup> que também é própria à concessão.<sup>254</sup> Tudo para concluir que a responsabilidade do controlador da rede por atos abusivos é a mesma do controlador de uma sociedade, tal como disposta no art. 117, da Lei das Sociedades Anônimas.

Parece-nos que, deveras, as redes de distribuição encontram um paralelo jurídico nos grupos de fato de subordinação. Com efeito, o controle a que se submetem os distribuidores, sejam eles concessionários ou franqueados, guarda similitudes com aquele que se opera, por intermédio de mecanismos societários, entre sociedade controladora e sociedades controladas, embora seja tendencialmente menos intenso e extenso.<sup>255</sup>

Essa constatação não implica, todavia, admitir a formação de um contrato plurilateral englobando fornecedor e distribuidores. As relações contratuais continuam tendo caráter bilateral, ligando cada distribuidor ao fornecedor, da mesma forma como cada sociedade controlada se relaciona com a controladora e não necessariamente com as demais controladas. A afirmação do caráter grupal da rede tampouco conduz ao reconhecimento de sua natureza societária. É certo que alguns grupos de sociedades são eles próprios sociedades de segundo grau. Isso se dá principalmente com grupos de coordenação, formados a partir de um contrato entre diversas sociedades, caso típico do consórcio. Nesses casos, o grupo tem a estrutura de um contrato plurilateral. Outros grupos, todavia, têm estrutura diversa, que não autoriza, a nosso juízo, falar em sociedade de grupo. Nos grupos de subordinação, principalmente, a despeito de haver colaboração entre as sociedades, mas colaboração que não se dá num patamar de igualdade, não se cria um novo ente societário.

Mas a qualificação da rede como grupo não elimina as dificuldades na busca de um regime jurídico para ela, que vá além, portanto, da regulação meramente bilateral dos interesses do fornecedor e de cada distribuidor integrado. Isso, em razão de que a disciplina societária dos grupos ainda é lacunar na maior parte dos países, notadamente no que toca ao reconhecimento dos grupos formados a partir de instrumentos não-societários. Nesse sentido, a legislação societária brasileira reconhece apenas os grupos de subordinação resultantes do controle de natureza societária (detença de ações),

<sup>252</sup> Grupo societário fundado em controle contratual e abuso de poder do controlador, in *Direito Empresarial*, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 275.

<sup>253</sup> Op. cit., p. 277.

<sup>254</sup> “A relação de concessão comercial implicou a criação de uma associação de empresas, ou, se se preferir, de uma empresa complexa, fruto do agrupamento” (op. cit., p. 282).

<sup>255</sup> Para Echebarria-Sáenz, op. cit., p. 194, “el grupo creado por las redes de franquicia presenta un grado de integración inferior a la incorporación que conllevan los grupos de sociedades, dada su limitación temporal, y su afección indirecta y parcial a determinadas esferas de la actividad empresarial. No se llega a incidir como em la filialización o el grupo societario sobre el próprio ‘ser’ de la empresa franquiciada, que no llega a verse incorporada estructuralmente por la franquiciadora” Mais adiante, dirá que: “El negocio de franquicia se sitúa, dentro del fenómeno de los grupos de empresa, en un grado intermedio ente la simple unión de empresas y las concentraciones en sentido estricto” (p. 582)

ignorando os grupos formados a partir de um controle contratual (controle externo).<sup>256</sup> Por isso, a aplicação de suas normas a tais grupos, principalmente aquelas que buscam resguardar a posição do controlado ante possíveis abusos do controlador, não pode ser feita de maneira direta, mas apenas analógica.<sup>257</sup> Já em outras províncias do Direito, os critérios de reconhecimento do controle e do grupo (e, em decorrência, de imputação de responsabilidades) são mais flexíveis, não se circunscrevendo ao liame societário entre controlador e controlado.<sup>258</sup> É o que se dá no Direito do Trabalho, onde, para fins de responsabilização solidária por débitos trabalhistas, se admite a existência do grupo mesmo à míngua de participação societária entre as sociedades. Essa mesma abertura se apresenta no Direito do Consumidor e no Direito Econômico.<sup>259</sup>

Há esforços, alguns bens sucedidos, outros não, no sentido de se constituir disciplina grupal específica para as redes de distribuição. Na França, por exemplo, alguns projetos legislativos tentaram dar expressão jurídica à realidade grupal da rede. Assim, o projeto dos deputados GLON e COUSTÉ previa a constituição de um *Groupement d'Intérêt Économique* nas redes com mais de dez distribuidores, ao qual caberia negociar um contrato-tipo com o fornecedor, aplicável a todos os distribuidores.<sup>260</sup> Já o projeto do deputado TURCO conferia personalidade jurídica à rede de distribuidores, à qual igualmente caberia negociar contratos-tipo com o fornecedor, participando, também, da definição das políticas comerciais da rede.<sup>261</sup> Todavia, nenhum dos dois logrou ser transformado em lei.

<sup>256</sup> Na Lei das Sociedades Anônimas, um isolado reconhecimento de outras modalidades de controle, além do fundado em mecanismos societários, apresenta-se em matéria de consolidação de demonstrações financeiras. Com efeito, a alínea *a*, parágrafo único do art. 249 daquele diploma autoriza a Comissão de Valores Mobiliários a “determinar a inclusão [em demonstrações consolidadas] de sociedades que, embora não controladas, sejam financeira ou administrativamente dependentes da companhia”.

<sup>257</sup> A aplicação analógica das normas inscritas nos arts. 116 e 117 da Lei das Sociedades por Ações aos grupos de subordinação de fato por controle externo é defendida por Comparato, Grupo societário ..., p. 280.

<sup>258</sup> Por isso mesmo, Gunther Teubner, *O Direito como sistema autopoiético*, Lisboa, Gulbenkian, 1993, p. 295, recomenda que “O direito deveria, assim, mais do que embarcar numa ‘vã procura de uma definição geral de grupo’ válida desde o direito das sociedades comerciais e do direito do trabalho ao direito fiscal e direito civil desenvolver e aplicar flexivelmente, consoante os objetivos regulatórios de cada sector jurídico, diferentes critérios de imputação”.

<sup>259</sup> Discorrendo sobre as estruturas concorrenciais e o controle dos atos de concentração, Calixto Salomão Filho, *Direito Concorrencial. as estruturas*, São Paulo, Malheiros, 1998, para quem a diferença de objetivos e interesses protegidos pelos Direitos Societário e Concorrencial traz consequências no tocante à qualificação de atos de concentração, para um e outro ramo: “Essa diferença de objetivos e de interesses protegidos sugere a necessidade de fixar as diferenças entre os conceitos concorrenciais de cooperação e concentração entre empresas e os conceitos societários correspondentes. Se o interesse do direito concorrencial é proteger a existência do mercado, e para isso se considera necessário controlar todos os atos que levam ao aumento do poder econômico nele exercido, esse controle deve ser efetuado sobre qualquer ato ou contrato que forneça a um agente econômico poder de decidir sobre a destinação empresarial de algum tipo de patrimônio empresarialmente utilizado” (p. 241). E prossegue: “Daí por que a expressão ‘influência dominante’, quando utilizada pelo direito concorrencial, é identificada ao poder de influir sobre o planejamento empresarial do outro agente econômico. Essa noção é, ao mesmo tempo, mais ampla e mais restrita que a noção societária”. Mais ampla, porque não implica controle sobre todos os órgãos societários ou todas as decisões sociais, mas apenas sobre aqueles relacionados à produção e atuação no mercado, tais como: pesquisa e desenvolvimento, investimento, produção e vendas. Mais restrita, porque deve ser muito mais estável que a societária (p. 245). Na ausência de influência dominante, não há como se presumir concentração econômica, isto é, que as empresas passarão a agir como uma unidade, somando-se suas participações no mercado. Para os casos que não se amoldam ao conceito de influência dominante, a doutrina desenvolveu o conceito de “influência relevante do ponto de vista concorrencial”, que se aplica às hipóteses de estruturas societárias em que existe um controle minoritário interno ou controle externo (de fato ou de direito), implicando uma tal interdependência, a sugerir cooperação econômica (p. 249).

<sup>260</sup> Amiel-Cosme, *Les réseaux* ..., p. 64

<sup>261</sup> *Ibidem*, p. 66.



Entre nós, especificamente em matéria de concessão de venda de veículos automotores, logrou-se êxito na construção de disciplina que proclama a natureza grupal da rede. A Lei nº 6.729/79 contemplou o relacionamento coletivo entre a rede de distribuição, representada por entidade civil, e o produtor, que, por convenção, regularão as suas relações.<sup>262</sup> A essa convenção cabe disciplinar questões fundamentais do relacionamento entre as partes,<sup>263</sup> restando muito pouco espaço para inovação nos contratos individuais entre cada concessionário e o concedente.<sup>264</sup> Ela própria acaba por

<sup>262</sup> “Art 17 As relações objeto desta Lei serão também reguladas por convenção que, mediante solicitação do produtor ou de qualquer uma das entidades adiante indicadas, deverão ser celebradas com força de lei, entre:  
(omissis)

II- cada produtor e a respectiva rede de distribuição, esta através da entidade civil de âmbito nacional que a represente, designadas convenções de marca”

<sup>263</sup> “Art 19. Celebrar-se-ão convenções de marca para estabelecer normas e procedimentos relativos a I- atendimento de veículos automotores em garantia ou revisão (art. 3º, II); II- uso gratuito da marca do concedente (art 3º, III); III- inclusão na concessão de produtos lançados na sua vigência e modalidades auxiliares de venda (art 3º, § 2º, a, e § 3º), IV- comercialização de outros bens e prestação de outros serviços (art. 4º, parágrafo único); V- fixação de área demarcada e distâncias mínimas, abertura de filiais e outros estabelecimentos (art 5º, I e II, § 4º); VI- venda de componentes em área demarcada diversa (art. 5º, § 3º); VII- novas concessões e condições de mercado para sua contratação ou extinção de concessão existente (art. 6º, I e II); VIII- quota de veículos automotores, reajustes anuais, ajustamentos cabíveis, abrangência quanto a modalidades auxiliares de venda (art. 7º, pars. 1º, 2º, 3º e 4º) e incidência de vendas diretas (art. 15, § 2º); IX- pedidos e fornecimentos de mercadoria (art. 9º); X- estoques do concessionário (art. 10 e pars. 1º e 2º); XI- alteração da época de pagamento (art. 11); XII- cobrança de encargos sobre o preço da mercadoria (art 13, parágrafo único); XIII- margem de comercialização, inclusive quanto a sua alteração em casos excepcionais (art 14 e parágrafo único), seu percentual atribuído a concessionário de domicílio do comprador (art. 5º, § 2º); XIV- vendas diretas, com especificação de compradores especiais, limites das vendas pelo concedente sem mediação de concessionário, atribuição de faculdade a concessionários para venda à Administração Pública e ao Corpo Diplomático, caracterização de frotista de veículos automotores, valor de comercialização e de contraprestação de revisões, demais regras de procedimento (art. 15, § 1º); XV – regime de penalidades gradativas (art 22, § 1º), XVI – especificação de outras reparações (art 24, IV); XVII – contratações para prestação de assistência técnica e comercialização de componentes (art. 28); XVIII – outras matérias previstas nesta Lei e as que as partes julgarem de interesse comum”.

<sup>264</sup> Assim, a discussão do conteúdo das cláusulas contratuais, que, muitas vezes, se revela inviável no plano individual, ressurge no plano coletivo. Há quem denomine esse fenômeno de autonomia privada coletiva, compreendida como o poder reconhecido aos grupos sociais de regerem seus interesses coletivos. Nesse sentido, Dorothee S. Rudiger, O contrato coletivo no Direito Privado: contribuições do Direito do Trabalho para a teoria geral do contrato, São Paulo, LTr, 1999, p. 98. Reduz-se, assim, a hipossuficiência individual, senão absoluta, ao menos relativa, de um dos pólos da relação mediante o apelo à força coletiva dos portadores dos mesmos interesses. Nessa perspectiva, à lei cabe, ao revés de oferecer regulamentos contratuais prontos e acabados às partes (*hard law*), dispor sobre mecanismos de fortalecimento da atuação coletiva de agentes privados (*soft law*), quer conferindo eficácia vinculante a acordos coletivos relativamente aos contratos que vierem a ser firmados por indivíduos integrantes do grupo, quer tornando obrigatória a negociação em sede coletiva de certos aspectos comuns aos contratos em massa, como se dá no caso em exame. Historicamente, foi no campo das relações trabalhistas que essa prática obteve maior difusão e êxito, justamente em virtude da maior homogeneidade e organização dos interesses dos trabalhadores. Em tempos mais recentes, tem-se tentado transplantá-la para outros campos contratuais, onde se verifica similar desequilíbrio sócio-econômico entre as partes envolvidas. Nesse sentido, nosso Código do Consumidor contempla, no seu art 107, a possibilidade de serem celebradas convenções coletivas de consumo entre entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica, visando estabelecer “condições relativas ao preço, à qualidade, à quantidade, à garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo”. Convém ainda fazer duas observações quanto a esse mecanismo de transferência do poder de contratação da esfera individual para a esfera coletiva não-estatal. Em primeiro lugar, suscitam-se dúvidas quanto à sua operacionalidade em searas diversas da trabalhista (Roppo, O contrato, p. 328; Rudiger, A teoria da autonomia privada coletiva: do direito sindical ao direito dos grupos intermediários, in Revista dos Tribunais, n. 727, p. 17-28, maio 1996, p. 22). Isso porque a negociação coletiva está a exigir um alto grau de articulação entre os portadores dos interesses a serem regulados. Ora, a experiência tem demonstrado que essa articulação, as mais das vezes, só se verifica no campo das relações de trabalho, e mesmo assim só nas categorias de trabalhadores mais coesas e organizadas. Já em se tratando de relações de consumo, os vínculos entre os consumidores se revelam muito mais frouxos, esvaziando o poder de fogo e a capacidade de negociação coletiva das entidades representativas de seus interesses. E, no outro pólo, a concorrência entre os fornecedores também pode revelar-se um obstáculo à negociação coletiva de condições de contratação em massa. A despeito dessas dificuldades, há uma categoria de contratos relativamente à qual, a nosso ver, podem surgir condições propícias à negociação coletiva. Estamos a nos referir aos contratos de duração, nos quais o relacionamento contratual entre as partes se dilata no tempo. Aqui, o caráter de permanência da relação pode gerar maior solidariedade entre os usuários de determinados bens e serviços. Basta pensar, ainda em sede de relações de consumo, nos contratos de



desempenhar a função de supercontrato-quadro, ao qual devem se amoldar todos os contratos individuais celebrados entre o concedente e os concessionários.

A partir dessas normas, JOSÉ WASHINGTON COELHO, em monografia dedicada aos contratos de concessão de venda de veículos automotores,<sup>265</sup> identificou a rede como titular de direitos próprios, dotada de personalidade.<sup>266</sup> Todavia, sem embargo do caráter grupal da rede, que reconhecemos, e, no caso da rede de concessionários de veículos automotores, da obrigatoriedade de negociação coletiva de certas cláusulas padronizadas, isso não nos parece suficiente para afirmar-lhe a personalidade jurídica.<sup>267</sup> Considerando-se o atual panorama legislativo, ela não se afigura como um centro de imputação de direitos e obrigações, os quais são diretamente referidos aos seus membros.<sup>268</sup> E mesmo em termos de *lege ferenda*, a personificação da rede sequer parece ser necessária para que possamos afirmar a existência de um interesse coletivo dos seus integrantes, voltado à ampliação do mercado para determinado bem ou serviço. Esse interesse, para existir e ser digno de proteção, não necessita estar concretizado em um novo ente, isto é, ser personificado.

---

prestação de serviços de saúde e de educação. Estes últimos, em especial, dão ensejo à formação de associações de usuários, as quais detêm melhor condição para discutir coletivamente cláusulas contratuais reputadas abusivas. Da mesma forma, os contratos de distribuição podem ensejar, entre os membros da rede de distribuidores, laços que permitem uma atuação coletiva em defesa de interesses comuns, um dos quais a proteção contra o arbítrio do fornecedor na extinção da relação contratual. Nesse sentido, há notícias de formação de entidades que agregaram ex-distribuidores no setor de distribuição de bebidas, visando somar forças para discutir as indenizações devidas por força da denúncia de contratos pelas empresas fabricantes do produto. Em segundo lugar, o estabelecimento de condições gerais de contratação negociadas ou de contratos normativos também não deixa de criar um regulamento heterônomo, relativamente a ambas ou pelo menos a uma das partes de cada contrato individual. Delegam-se poderes a grupos intermediários, tais como sindicatos e associações, para que estabeleçam um conteúdo mínimo inderrogável dos diversos contratos que serão celebrados pelos seus sindicalizados ou associados, e, em alguns casos, mesmo por aqueles que não mantêm qualquer vínculo com essas entidades. Ainda assim, a outorga de poderes jurídicos a grupos intermediários, restaurando a possibilidade de negociação de cláusulas contratuais em nível coletivo, afigura-se bem melhor do que a imposição unilateral das mesmas cláusulas por um dos contratantes. Suprime-se a negociação individual, muitas vezes ilusória, pela negociação coletiva. No fundo, o que se coloca, em diversas situações, é uma alternativa entre regramentos heterônomos: ou o regramento unilateralmente imposto pelo contratante mais forte (dissimulado sob o manto da liberdade contratual), ou o regramento estatal, ou o regramento negociado por entidades coletivas que representam os interesses das partes. Enfatize-se que a intervenção de agentes coletivos não se limita apenas ao estabelecimento de um quadro geral ou de um contrato normativo que pautará as contratações individuais. Pode também expressar-se na legitimação ou convalidação de certos atos praticados pelos sujeitos privados, especialmente os que envolvam transações com renúncia de direitos, fenômeno que Perlingieri denomina autonomia privada assistida (Il Diritto Civile ..., p. 143). Assinale-se, por fim, que a atribuição de certos poderes de configuração do conteúdo do contrato a entes coletivos parece responder às críticas que um setor da sociologia jurídica vem endereçando à ineficácia das normas estatais de intervenção no domínio econômico. Sustenta-se, em apertada síntese, que os diversos subsistemas sociais, tais como o jurídico e o econômico, são autopoieticos, isto é, produzem-se a si próprios, aos seus elementos e à sua estrutura, não sendo passíveis de sofrer direta influência externa, na medida em que reelaboram as mensagens enviadas por outro sistema segundo seus próprios códigos de leitura e reconhecimento. Assim, o lícito e o ilícito, códigos jurídicos, não penetram enquanto tais no subsistema econômico, mas são considerados como custos e riscos do cálculo econômico. Daí as resistências que o intervencionismo enfrenta e as vantagens do uso de uma técnica de regulação do subsistema que envolva seus agentes, caso da negociação coletiva. A propósito, Gunther Teubner, O Direito como sistema autopoietico.

<sup>265</sup> A concessão comercial de veículos automotores, São Paulo, Resenha Tributária, 1981.

<sup>266</sup> Ibidem, p. 115

<sup>267</sup> Não estamos, é claro, a referir-nos à personalidade jurídica da entidade que representa os concessionários nas negociações com o fabricante.

<sup>268</sup> Na França, Amiel-Cosme, Les réseaux ..., p. 366, não exclui a possibilidade de personificação do grupo, à vista da jurisprudência da Cassação, que outorga personalidade a "tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites". Ainda assim, a autora entende que, para fins de proteção dos interesses

Nos tópicos subseqüentes, buscaremos investigar as decorrências da qualificação grupal da rede, em termos de poderes e responsabilidades do controlador, de relacionamento entre os distribuidores, e de sua proteção contra terceiros.

### 2.3. O CONTROLADOR DA REDE: SEUS PODERES E RESPONSABILIDADES PERANTE OS DISTRIBUIDORES E TERCEIROS

É a atuação do controlador que garante a unidade de direção da rede, possibilitando a sua qualificação como grupo de subordinação de fato. Deveras, pelo exercício de prerrogativas contratuais, ele tem condições de uniformizar, sob diversos aspectos, a atuação dos distribuidores, dando sentido unitário àquilo que, de outra forma, consistiria apenas em uma multiplicidade desarticulada de estabelecimentos de comercialização dos bens e/ou serviços que levam sua marca. O controlador molda, pois, a rede, dando-lhe um caráter ora mais aberto e flexível, ora mais fechado e rígido, com inúmeras situações intermediárias entre os pólos do maior e do menor controle sobre a atividade de revenda. O controle externo é garantido pela cumulação e combinação de certas cláusulas contratuais que permitem ao controlador exercer poder decisivo sobre aspectos relevantes da atividade empresarial dos diversos distribuidores. A exclusividade de aprovisionamento, combinada com a possibilidade de denúncia ou de não-renovação do contrato, são os principais meios de pressão do controlador sobre os integrantes da rede.

A questão que agora se coloca é se esse controle é exercitável exclusivamente no interesse do controlador ou se, pelo contrário, deve também orientar-se segundo um interesse mais geral, do qual ele, controlador, não seria titular, mas guardião. Nessa ordem de idéias, fenômeno que deve ser levado em conta é o da funcionalização dos direitos e poderes privados, que, por sinal, atingiu o mais caro dos direitos do ideário liberal, o direito de propriedade. Exprime-se, com esse termo, a exigência de que as prerrogativas que a ordem jurídica confere aos particulares não sejam apenas exercidas no exclusivo interesse pessoal do titular delas: passa a ser necessário considerar interesses outros, de ordem coletiva e individual, que podem ser afetados pelo exercício do direito. Em sede constitucional, a propriedade estática e a dinâmica (empresarial), tornaram-se o centro de uma complexa articulação de interesses, sob o manto da fórmula “função social”. Em matéria societária, a Lei das Sociedades Anônimas procurou orientar o exercício do poder de controle e de gestão da sociedade segundo interesses os mais diversos, dos acionistas, dos trabalhadores, da sociedade em geral.<sup>269</sup> Não há base

<sup>269</sup> Relativamente ao acionista controlador, o parágrafo único, art. 116, da Lei, preceitua que ele “deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”. Na sequência, o art. 117 elenca modalidades de exercício abusivo do poder, que não se circunscrevem aos atos prejudiciais à sociedade, mas também ao interesse nacional, à economia nacional, aos demais acionistas, aos trabalhadores. Quanto aos administradores da sociedade, responsáveis diretos pela sua gestão, vale transcrever o seguinte dispositivo: “Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”. Falta, contudo, o instrumental necessário para que os portadores de alguns desses interesses possam efetivamente cobrar a sua observância. Tome-se como exemplo a situação dos trabalhadores, que ainda não

normativa, portanto, para se afirmar que os esforços dos responsáveis pela direção da sociedade devem voltar-se apenas à maximização dos lucros e, por conseguinte, ao retorno financeiro em favor dos acionistas.

Transplantando essas diretrizes para o caso da distribuição, pode-se afirmar que o controlador, em que pese a rede não se caracterizar como uma sociedade e tampouco ser detentora de personalidade jurídica, está sujeito a injunções similares. Como dirigente de fato de uma atividade que exige a integração de diversas sociedades numa empresa multissocietária, cumpre-lhe respeitar os diversos interesses que incidem sobre ela. Na prática, isso redundará ora em um dever de fazer uso de seu poder de controle, no sentido de preservar a rede contra ataques internos ou externos, ora em, pelo contrário, abster-se de atuar em prejuízo dos interesses legítimos dos demais integrantes da rede. Mais concretamente, impõe-se, assim, ao controlador tomar as medidas cabíveis contra qualquer distribuidor cujo comportamento mostre-se lesivo ao prestígio da rede, sendo prejudicial não apenas aos seus interesses imediatos, como também ao interesse coletivo dos demais distribuidores. Imagine-se, por exemplo, a hipótese de um distribuidor que deixa de observar os padrões de qualidade previstos no contrato de distribuição. Esse comportamento é lesivo à imagem não só da marca, mas, por reflexo, também da rede, indo na contramão dos esforços dos demais distribuidores. Como aqui não está em jogo o interesse exclusivo do controlador, ele não tem a opção de fazer “vistas grossas”, omitindo-se de exigir do distribuidor faltoso a adequação aos padrões do sistema de distribuição. O interesse à manutenção do prestígio da rede é, portanto, coletivo, sendo o controlador o seu guardião privilegiado. Também se impõe que o controlador garanta o respeito de todos os distribuidores às cláusulas de exclusividade territorial, pela justaposição das quais é organizada espacialmente a distribuição.<sup>270</sup>

Nada disso, entretanto, deve ofuscar o intérprete quanto ao interesse primordial perseguido pelo controlador da rede, que é o obter o maior retorno possível por meio da distribuição integrada. Seria ilusório sustentar que a formação da rede visa proteger, da mesma forma, o interesse de todos os seus integrantes e que, nesse contexto, o controlador nada mais seria senão um *primus inter pares*.<sup>271</sup> Não é disso que se trata. A

---

contam com instrumentos societários para defesa de seus interesses. Isso acaba, ao final de contas, por esvaziar a efetividade das normas citadas, reduzindo-as, na prática, a retórica em forma de dispositivo legal

<sup>270</sup> Como veremos, a exclusividade territorial, sob a perspectiva da rede, não significa apenas que o controlador deixará de vender seus produtos, no território outorgado a um distribuidor, diretamente ou por intermédio de outros comerciantes, mas implica que ao controlador cumprirá exercer um verdadeiro poder de polícia sobre os distribuidores integrados. Assim, ciente de uma invasão territorial, deverá agir no sentido de coibi-la, pena de responder perante o distribuidor prejudicado.

<sup>271</sup> “No es el productor” afirma Santini, *El comercio* .., p. 90 “el que se integra con los otros en un único sistema donde todos son iguales; son los otros los que quedan integrados en el sistema ajeno”. Desse ponto-de-vista, compartilha Pardolesi, *I contratti* .., p. 406, segundo o qual a supervisão exercida pelo controlador é, realistamente considerada, “indirizzata alla tutela dei propri interessi: profilo, questo, in chiaro contrasto con lo schema tipico di relazione fiduciaria”. Em sentido contrário, advogando uma visão mais social dos poderes do controlador, Echebarria Saénz, *El contrato de franquicia*, p. 355: “Una vez más deberemos recurrir a la noción de contrato de interés común y a la naturaleza jurídica organizativa del contrato, con el fin de enjuiciar la finalidad que rige esas facultades dispositivas del

distribuição integrada, que fique bem claro, é um instrumento basicamente a serviço dos interesses do controlador, e, em princípio, não há nada de irregular aí. Os distribuidores a integram, porque vislumbram vantagens em abdicar de parte, maior ou menor, de sua autonomia empresarial, para vincularem-se à imagem do produto; ou porque, de forma mais crua, o ar vai se tornando rarefeito para o empresário isolado, isto é, o ambiente econômico vai revelando-se cada vez mais hostil aos que se aventuram sozinhos no mercado. Não é demais repetir que a imagem da sociedade é inadequada e mesmo fantasiosa, uma construção inútil que visa outorgar aos distribuidores algumas garantias, as quais podem ser construídas, veremos adiante, com maior economia de meios e sem necessidade de multiplicação dos entes.<sup>272</sup> Em seu lugar, há um grupo de subordinação, formado por controle contratual, e não societário. Destarte, qualquer tentativa de equiparar, pela via analógica as obrigações e responsabilidades do controlador de uma sociedade ou mesmo de um grupo de sociedades, regidas pela Lei nº 6.404/76, com as do controlador da rede de distribuição deve ser levada a efeito com muitos temperamentos.

Feitas essas advertências, nem por isso deixa de se colocar o problema do controle dos atos abusivos, por ação ou omissão, do controlador. Até onde, por exemplo, vai a liberdade deste para reestruturar a rede,<sup>273</sup> seja excluindo alguns distribuidores, seja alterando fundamentalmente o sistema de distribuição (optando, por exemplo, por um sistema de distribuição direta, com auxílio de representantes comerciais)? O problema, como se vê, toca à indagação nuclear deste trabalho, relativa aos limites do exercício do poder de denúncia e não-renovação dos contratos de distribuição, do qual trataremos infra. Por ora, convém observar que a opção por um sistema de distribuição que exige a colaboração ativa e os investimentos de diversos empresários autônomos, provocando a integração destes à rede, se gera para o controlador o poder de coordenar e mesmo dirigir o todo, também lhe acarreta a obrigação de preservar os interesses dos distribuidores, quando entende seja necessário modificar, qualitativa ou quantitativamente, a rede. Nesse sentido, tenha-se em conta a situação em que o controlador da rede conclui que a distribuição se tornará mais eficaz com a redução do número de distribuidores, de forma que menos distribuidores, com maior porte, passem a atuar em territórios maiores. Tem-se aí uma decisão que dificilmente seria passível de controle de mérito pelo Judiciário, ressalvada hipótese de flagrante abuso. Todavia, se o interesse de um determinado distribuidor à permanência na rede pode ser superado, o mesmo não ocorre relativamente ao seu interesse em ser indenizado pelos prejuízos que

---

franquiciador, a quien, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, no se entregan capacidades puramente discrecionales sino competencias regladas por la común finalidad, y la buena fe”.

<sup>272</sup> *Entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*, fórmula conhecida como “navalha de Okham”

<sup>273</sup> Aliás, parte significativa dos atuais conflitos entre produtores e distribuidores decorre justamente das reestruturações de grandes redes de distribuição, as quais, a pretexto de modernização do sistema de distribuição, levam a uma redução expressiva do número de distribuidores

a exclusão lhe acarreta e compensado pelo ativo imaterial que seu trabalho agregou à rede.

Afigura-se possível a imposição, pelo controlador, de novos padrões de qualidade a serem observados pelos membros da rede de distribuição, além daqueles já constantes do contrato original. Aqui, igualmente, o escrutínio judicial deve ser exercido com muitas cautelas. Em princípio, a dinâmica da atividade econômica, a concorrência entre os diversos grupos empresariais, não está a favorecer o congelamento das estruturas de distribuição. Muito pelo contrário, é de se esperar a constante renovação de métodos e práticas, o surgimento de novas técnicas de *marketing*, a melhoria dos serviços que acompanham a venda, e assim por diante, tudo com o objetivo de manter o consumidor ligado à marca, de acompanhar a dinâmica do mercado. Por isso mesmo, há quem sustente que, mais do que um poder, o controlador tem a verdadeira obrigação de evitar a obsolescência do sistema distributivo, mantendo e atualizando os bens imateriais e as técnicas mercadológicas que lhe dão suporte. Nesse contexto, não se pode sustentar que um distribuidor tenha um direito adquirido oponível ao controlador, recusando-se a realizar as adaptações necessárias à melhoria da rede. Todavia, seria demasiado afirmar que as novas exigências do controlador são de todo insuscetíveis ao crivo do Judiciário. Assim, é admissível que o exercício do poder de controle se submeta a uma regra de proporcionalidade, especialmente no sentido de afastar excessos e abusos. Nesse sentido, por exemplo, o controlador deve estipular prazo razoável, para que cada distribuidor adapte seu estabelecimento e suas práticas aos novos *standards* da rede. Também se lhe impõe uma certa consistência nas políticas distributivas. Outra exigência que se faz ao controlador é no sentido de, no exercício de seus poderes, garantir isonomia de tratamento aos integrantes da rede, isonomia que não deve ser compreendida apenas como garantia dos distribuidores, mas também como condição de máxima eficácia da rede. Assim, se um dos objetivos típicos da rede é uniformizar a distribuição, não se pode admitir a imposição de padrões de qualidade diferenciados entre os distribuidores, ou o estabelecimento de condições diversas de preço ou de pagamento.<sup>274</sup> Todos devem atender às mesmas regras básicas de distribuição. Por isso mesmo, há autores que impugnam a possibilidade de serem estipuladas bilateralmente cláusulas diferenciadas de distribuição.<sup>275 276</sup> Assim, o controlador da rede não poderá

<sup>274</sup> Quanto ao preço e ao pagamento dos produtos, calha mencionar o preceito do § 2º, art. 13, da Lei nº 6.729/79. “Cabe ao concedente fixar o preço de venda aos concessionários, preservando sua uniformidade e condições de pagamento para toda a rede de distribuição”.

<sup>275</sup> Segundo Guyenot, *Les contrats* ..., p. 38, a homogeneidade de distribuição se impõe ao próprio fornecedor, de forma que a perspectiva da rede impossibilita a modificação, relativamente a um ou a alguns distribuidores, de cláusulas essenciais à distribuição. Também para Virassamy, *Les contrats* ..., p. 263, é próprio à rede a organização das relações individuais sob um esquema uniforme, excludente de qualquer discriminação entre as partes. No mesmo sentido, Marzorati, *Sistemas* ..., p. 132. Entre nós, Claudineu de Mello, *Contrato de distribuição*, p. 61, entende que a validade das modificações de um dos contratos bilaterais entre produtor e distribuidor estaria a depender da concordância dos demais distribuidores.

<sup>276</sup> Nesse sentido, a Lei nº 6.729/79, como já vimos, propicia a elaboração de um acordo coletivo por marca, ao qual caberá dispor sobre as condições básicas da distribuição, elencadas nos diversos incisos de seu art. 19. Isso, para além de equilibrar o jogo de poder entre produtor e distribuidores, garante a mencionada uniformidade. Ademais, segundo o

exercer seu poder de forma a favorecer um ou alguns distribuidores, em detrimento dos demais, ou, pelo contrário, estabelecendo condições mais gravosas para alguns integrantes da rede, até como uma forma de forçá-los a dela se retirarem.

O exercício patológico do controle, por ação ou omissão, gera responsabilidade do controlador perante os distribuidores e terceiros. Quanto aos distribuidores, está claro que o controlador responde pelos prejuízos que, atuando abusivamente, lhes causar. Como a rede não é qualificável como centro de imputação de direitos e deveres, não há que se falar de uma indenização a ela. Um suposto prejuízo à rede se resolverá como prejuízo à legião de distribuidores, cada qual com um direito próprio à indenização.

No tocante aos terceiros, o exercício excessivo ou deficitário do controle também pode ser fonte de responsabilidades. Essas responsabilidades não são imputáveis à rede, que, repita-se, não se qualifica como um centro de imputação de direitos e deveres. Também não há que se falar em responsabilidade solidária dos demais distribuidores, por ato ilícito atribuível a um deles. Já vimos que entre os distribuidores não se forma uma sociedade de fato. De maneira geral, pode-se afirmar que o tão-só exercício do controle pelo principal não acarreta sua responsabilidade, individual ou solidária, em relação aos terceiros que travam relações com os distribuidores. O liame de controle não leva à existência de um mandato aparente exercido pelo distribuidor e tampouco implica a existência de uma sociedade de fato entre este e o controlador. Mas o excesso de controle, um grau maior de integração, em que o distribuidor acaba por, na prática, ostentar a condição de gerente do próprio estabelecimento, sujeito a políticas estritas impostas pelo principal,<sup>277</sup> pode apontar para soluções diversas.<sup>278</sup>

Sucedem que, em algumas províncias do Direito, a preocupação em proteger de forma mais consistente o interesse de algumas classes ou grupos sociais, ditos hipossuficientes, caso dos trabalhadores subordinados e dos consumidores, induz a soluções mais rigorosas em termos de responsabilização do controlador. Nessa linha, em matéria trabalhista, o controlador pode responder pelos débitos trabalhistas do distribuidor, com base, no Brasil, no § 2º, art. 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que tem sido interpretado e aplicado com bastante elasticidade pela Justiça do Trabalho, a depender da extensão e profundidade do controle que exerce sobre a atividade deste. Já perante o consumidor, o controlador pode responder por fato (arts. 12 e seguintes da

---

art. 20 do mesmo diploma, a concessão será ajustada em “contrato que obedecerá forma escrita padronizada para cada marca”

<sup>277</sup> Virassamy, *Les contrats ...*, p. 194, sugere algumas situações que podem auxiliar no reconhecimento da direção de fato: incitação a fazer investimentos, escolha dos principais colaboradores do distribuidor, e determinação da sua política de conjunto.

<sup>278</sup> As Cortes norte-americanas têm afirmado a responsabilidade do franqueador perante terceiros, fundadas na *actual authority theory*, considerando que o excesso de heterodinação deste sobre as operações de dia-a-dia dos franqueados faria desaparecer o diafragma entre as respectivas empresas. A respeito, Matteo Beretta, *Tutela della*

Lei nº 8.078/90) ou vício (arts. 18 e seguintes da Lei nº 8.078/90) do produto ou do serviço, quando ele mesmo os fornecer ao distribuidor. Além disso, mesmo quando o controlador não assumir a condição de fornecedor, delegando-a a terceiros ou, o que é típico da franquia de serviços, deixando a cargo do próprio distribuidor a prestação destes, sua responsabilidade frente ao consumidor pode ser afirmada com base em dois fundamentos. Primeiro, o controle que exerce sobre a atividade do distribuidor, sendo tanto maior a responsabilidade, quanto mais profunda a integração.<sup>279</sup> Segundo, a associação íntima da imagem do distribuidor à imagem do controlador (notadamente nos contratos de franquia),<sup>280</sup> a atração gerada pela marca, e a conseqüente confiança produzida no consumidor de que a os produtos comercializados pelo distribuidor refletem o padrão de excelência propalado pelo controlador, estão a chamar a responsabilidade deste, independentemente de ter ou não fornecido o produto.<sup>281 282</sup>

---

concorrenza e franchising: l'esperienza statunitense, in I contratti della distribuzione commerciale la disciplina comunitaria, l'ordinamento interno, vários autores, Milão, Egea, 1993, p. 217.

<sup>279</sup> Não sendo de se excluir o apelo ao art. 28, § 2º, da Lei nº 8.078, que trata da responsabilidade subsidiária perante o consumidor das sociedades integrantes dos grupos societários.

<sup>280</sup> Essa questão de identidade, por sinal, ensejou, na França, a edição do arrêté de 21.02.91, relativo à informação do consumidor no tocante à autonomia jurídica do franqueado, cujo art. 1º tem a seguinte redação “Toute personne vendant des produits ou fournissant des services liée par un accord de franchise a un franchiseur, doit informer le consommateur de sa qualité d'entreprise indépendante, de manière lisible et visible, sur l'ensemble des documents d'information, notamment de nature publicitaire, ainsi qu'à l'intérieur et à l'extérieur du lieu de vente”

<sup>281</sup> Nesse sentido, Aída Kemelmajer de Carlucci, Aproximación al ‘franchising’: especial referencia al regimen de la responsabilidad civil, Revista de Direito Civil, n. 60, p. 123-157, p. 138; v., também, Leandro Martins Zanitelli, A proteção do consumidor no contrato de franchising, Revista de Direito do Consumidor, n. 23-24, p. 225-236, p. 234

<sup>282</sup> Caso interessante, que se inspira nessa idéia, mas para afirmar a responsabilidade de um controlado, é expresso em decisão proferida pela 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 63.981, Rel. para o Acórdão, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 11.04.2000, em que a Corte, por maioria, entendeu que as empresas nacionais que se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, no contexto de uma economia globalizada, devem também responder pela garantia dos correspondentes produtos, ainda que adquiridos em outros países. Na decisão recorrida, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o Rel., Des. Toledo Cesar, assim se posicionou. “A fabricante poderá ter, no Brasil ou em qualquer outro país, diversas empresas representantes que comercializem os seus produtos, mas, para a responsabilização derivada do Código de Defesa do Consumidor, há a necessidade de que ela tenha sido a veiculadora do produto, ou tenha praticado qualquer dos atos previstos nos artigos 18 e seguintes da Lei 8.078, de 11/09/90” No voto vencido, o Relator no STJ, Ministro Aldir Passarinho Júnior, anotou que: “Trata-se de uma relação de consumo realizada, por inteiro, em Miami, Estados Unidos da América, em que, circunstancialmente, o autor-recorrente, é domiciliado no Brasil Tal fato não serve, entretanto, para estender a garantia para outro país, especialmente contra empresa diversa, posto que a Panasonic do Brasil Ltda, ora ré-recorrida, não é a mesma que produziu, comercializou e garantiu o equipamento, mas, sim, a Panasonic Company”. Do voto do Relator para o acórdão, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, transcreve-se este excerto: “Destarte, se a economia globalizada não tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, é preciso que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com sucursais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no mercado consumidor que representa o nosso país. (..) O mercado consumidor, não se pode negar, vê-se hoje ‘bombardeado’ por intensa e hábil propaganda, a induzir a aquisição de produtos levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca. (..) Dentro dessa moldura, não há como dissociar a imagem da recorrida ‘Panasonic do Brasil Ltda’ da marca mundialmente conhecida ‘Panasonic’ Logo, se aquela se beneficia desta, e vice-versa, devem, uma e outra, arcar igualmente com as conseqüências de eventuais deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável que seja o consumidor, a parte mais frágil nessa relação, aquele a suportar as conseqüências negativas da venda feita irregularmente, porque defeituoso o objeto”. Nessa perspectiva, a garantia e os serviços pós-venda em geral passam a ser da rede como um todo e não só do distribuidor que vendeu o produto. É justo, porém, que o ônus assumido por outros distribuidores que não aquele que vendeu o produto seja ressarcido pelo fabricante, que detém os instrumentos para redistribuir esse custo por toda rede. Nesse particular, mais uma vez é expressa a Lei nº 6.729/79, ao dispor que serão fixados, em convenção de marca, os critérios e as condições para ressarcimento da concessionária ou serviço autorizado que prestar os serviços de manutenção obrigatórios pela garantia do fabricante (art. 6º, § 4º)



## 2.4. A REDE E AS RELAÇÕES ENTRE OS DISTRIBUIDORES QUE A INTEGRAM

Já afastamos, por fictícia e desnecessária, a hipótese de existir um contrato plurilateral a unir o controlador e todos os distribuidores integrantes da rede. Há, como vimos, múltiplos contratos bilaterais entre o controlador e seus distribuidores. Dessa conclusão, todavia, não se infere a inexistência de qualquer vínculo jurídico entre os distribuidores. À parte o interesse exclusivo de cada qual em desenvolver seu negócio e, com isso, incrementar seus resultados, há um interesse comum ao desenvolvimento harmônico da rede de distribuição, à divulgação da marca. A forma de atuação de um distribuidor não é irrelevante para outro: tanto pode prejudicá-lo diretamente, caso da inobservância da cláusula de exclusividade territorial, como indiretamente, quando sua atuação vem a denegrir a marca ou a rede de distribuição, e, com isso, prejudicar, em maior ou menor grau, todos os integrantes da rede, em especial os mais próximos.

Como justificar, sob o ângulo jurídico, afastada a multilateralidade, esse inter-relacionamento entre sujeitos que não são partes do mesmo contrato, mas, ainda assim, têm interesse comum no cumprimento de pelo menos algumas das cláusulas constantes de contratos bilaterais assinados por cada qual com o controlador? Haveria uma ampliação do conceito de parte contratual, um relaxamento do princípio da relatividade dos contratos, de modo que terceiros poderiam ter direitos e obrigações emergentes de contratos nos quais não são partes, ou teríamos aqui um fenômeno diverso? Tradicionalmente, o princípio da relatividade dos contratos, corolário da autonomia privada, impossibilita que terceiros estranhos à relação contratual possam dela extrair direitos ou contrair obrigações, ressalvadas algumas situações classicamente construídas pela doutrina e pela legislação, caso, por exemplo, da estipulação em favor de terceiros. Reconhece-se, porém, que, ante terceiros, o contrato não chega a ser um nada jurídico, desprovido de qualquer tipo de eficácia. Trata-se, pelo contrário, de um fato jurídico relevante, o qual, conseqüentemente, pode ser oponível a terceiros, oponibilidade esta que não elimina a relatividade.<sup>283</sup> A oponibilidade implicaria uma obrigação de não-fazer

<sup>283</sup> A propósito da oponibilidade, Orlando Gomes, *Contratos*, 10. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 43 “A existência de um contrato é um fato que não pode ser indiferente a outras pessoas, às quais se torna oponível. Os efeitos internos, isto é, os direitos e obrigações dos contratantes, a eles se limitam, reduzem-se, circunscrevem-se”. Na seqüência, p. 44, o autor destaca categorias de terceiros aos quais o contrato pode ser oponível: “Consideradas as pessoas em cuja esfera jurídica podem incidir efeitos finais de contrato, é de ressaltar a noção de oponibilidade, distinguindo três categorias de terceiros: 1ª) os que são estranhos ao contrato, mas participantes do interesse, cuja posição jurídica é subordinada à da parte, como os subcontratantes e os mandatários; 2ª) os que são interessados, mas têm posição independente e incompatível com os efeitos do contrato; 3ª) os que são normalmente indiferentes ao contrato, mas podem ser legitimados a reagir quando sofram particular prejuízo dos efeitos do mesmo contrato, como os credores”. No mesmo diapasão, Antônio Junqueira de Azevedo, *Princípios do novo Direito Contratual e desregulamentação do mercado – direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplimento contratual*, *Revista dos Tribunais*, a 87, v. 750, p. 113-120, abr. 1998, p. 117, para quem os terceiros, sem se transformarem em partes, não podem comportar-se como se o contrato não existisse, respondendo civilmente, com base no art. 159, pelos prejuízos que seu comportamento acarretar em termos de obstáculos ao cumprimento de obrigações contratuais. V., ainda, na mesma ordem de idéias, Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, v. III, 4. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1991, p. 110, Fernando Noronha, *O Direito dos Contratos* .., p. 119, Lorenzetti, *Fundamentos* .., p. 7 e 48, Perlingieri, *Il Diritto Civile* .., p. 410.

imposta a certas pessoas que têm ou deveriam ter conhecimento de uma relação contratual *inter alios*, no sentido de não perturbarem o trancurso normal dessa relação. Aplicando-a ao caso concreto, presta-se a explicar, sem a ficção de um contrato plurilateral, a possibilidade de um distribuidor exigir diretamente de outro, sem a interposição do controlador da rede, o respeito à zona de exclusividade que lhe foi concedida por contrato. Com efeito, a inserção dos distribuidores na rede, com aplicação a todos das mesmas cláusulas padronizadas, não lhes permite alegar desconhecimento das diversas zonas de exclusividade. Assim, a oponibilidade é potencializada pela inegável conexão entre os diversos contratos bilaterais, que se inserem num sistema distributivo, este sim, multilateral.

Mas, para além da oponibilidade, parece-nos ser cabível sustentar a existência de certos direitos e deveres de índole contratual, cuja observância poderá ser exigida por cada distribuidor de todos os demais integrantes da rede de distribuição. Para ilustrar este asserto, evoca-se, mais uma vez, a cláusula de exclusividade territorial, tradução jurídica da delimitação espacial dos distribuidores no âmbito da rede. Dela se extraem dois efeitos: a garantia, em favor do distribuidor, de que nenhum outro integrante da rede atuará ativamente em seu território; a vedação a que extrapole o território que lhe foi delimitado, em prejuízo dos demais integrantes. Trata-se, aí, a nosso ver, de um dever não apenas para com o controlador da rede, mas para com todos os demais integrantes desta, que podem reclamar sua observância. O direito à exclusividade e a obrigação de respeitar a exclusividade alheia tornam-se, pois, plurilaterais, ainda que o contrato de distribuição, como um todo, não tenha a nota de plurilateralidade. Pode-se, pois, afirmar, existirem obrigações plurilaterais em um contrato bilateral. Assim, em termos práticos, um distribuidor pode postular em Juízo diretamente de outro o respeito à sua zona de exclusividade,<sup>284</sup> reclamando, se for o caso, indenização pela inobservância desse direito.

Há ainda obrigações cujo adequado cumprimento não é do interesse exclusivo do controlador, mas de todos os integrantes da rede de distribuição. Têm a ver com uma certa uniformidade de práticas comerciais a cargo dos distribuidores, abrangendo a apresentação externa do estabelecimento, a prestação de assistência técnica, o atendimento, enfim, aos padrões de qualidade estabelecidos pelo controlador. Um distribuidor que se recusa a prestar, dentro do período de garantia contratual, assistência técnica relativamente a produto adquirido de outro, prejudica não só o produtor, mas toda a rede de distribuidores. Não se trata, aí, porém, de uma situação de oponibilidade e, tampouco, de um dever cuja observância possa ser exigida diretamente por um distribuidor de outro. Cumpre ao controlador, como já assinalado, assegurar a

<sup>284</sup> Convém citar, a propósito, acórdão do TJPR (3ª Câmara Cível, AC 47/84, Des Maximiliano Stasiak, J 15 5 84, publicado na Revista Forense, 291, pp. 295), que anulou decisão de 1º grau que extinguiu, sem julgamento do mérito, por ilegitimidade passiva, medida judicial proposta por uma concessionária contra outras envolvendo discussão sobre

manutenção de condições uniformes de distribuição e de prestação de serviços pós-venda, não apenas em seu próprio interesse, mas também no interesse da rede de distribuidores. Daí segue que sua omissão o torna responsável perante os distribuidores prejudicados.

## 2.5. A PROTEÇÃO DA REDE CONTRA TERCEIROS

A formação de rede altamente especializada na distribuição de um bem ou serviço, com todas as obrigações que isso acarreta para seus partícipes (controlador e distribuidores integrados), teria sua eficácia comprometida se um terceiro pudesse aproveitar-se desses esforços e, sem ingressar na rede, passasse a comercializar os bens e serviços da mesma marca. Daí a questão de saber-se se seria possível obstaculizar a atuação desse terceiro, mesmo que licitamente viesse a adquirir os bens para revenda.

Na França, AMIEL-COSME tratou da matéria, examinando a possibilidade de se coibir a atuação de terceiro estranho à rede, à luz dos regimes de proteção à marca e de combate à concorrência desleal.<sup>285</sup> Sob a ótica da proteção à marca, dá notícia de que a Cassação tem decidido inexistir contrafação na revenda de bens, adquiridos licitamente, por comerciantes externos à rede. Todavia, com o advento da Lei de 04.01.91, a autora entende que este panorama pode mudar, pois o art. 15-1 deste diploma possibilita que, por motivos legítimos, o produtor venha a estabelecer limites e condições à circulação comercial de bens de sua marca. Na prática, isso se daria pela aposição de um aviso no produto, informando que sua comercialização só poderia ser feita por integrantes da rede. Dentre os motivos legítimos para a restrição, poderiam ser elencados: o grau de tecnicidade do produto, a justificar sua distribuição por comerciantes especializados; tratar-se de um produto de consumo suntuário ou conspícuo, a exigir sua comercialização por estabelecimentos dotados de uma certa apresentação externa. Já sob o ângulo do combate à concorrência desleal, a mesma autora dá conta de desenvolvimentos jurisprudenciais diversos, conforme se trate de distribuição exclusiva ou de distribuição seletiva: quanto à primeira, a Cassação, após algumas decisões que qualificavam a venda por terceiros como hipótese de concorrência desleal, passou a admitir as “importações paralelas”, sob a justificativa de, com isso, evitar uma indesejável exclusividade absoluta em benefício dos distribuidores integrados à rede; em se tratando de distribuição seletiva, afasta-se a alegação de concorrência desleal, se o terceiro provar a proveniência da mercadoria (na hipótese de o terceiro se recusar a informar de quem adquiriu o bem, presume-se a aquisição ilegal), ao tempo em que se coíbe a criação de falsa aparência, quando, por exemplo, o terceiro se faz passar por distribuidor credenciado. Para a autora, mesmo que não se vislumbre um direito de exploração exclusiva em favor dos integrantes da rede, a proteção destes mostra-se viável, enquadrando-se a atuação do terceiro em uma modalidade de concorrência desleal, que

<sup>285</sup> Les réseaux ... Sintetizamos, na sequência, o quanto exposto a páginas 312 e seguintes.

é a concorrência parasitária,<sup>286</sup> a qual consiste justamente no fato de o terceiro beneficiar-se dos esforços conjuntos dos integrantes da rede de distribuição sem assumir os respectivos ônus, caracterizando-se, na denominação atribuída pela doutrina e jurisprudência norte-americanas, como *free-rider*. Pense-se, por exemplo, nos gastos publicitários necessários ao fortalecimento da marca, muitas vezes compartilhados por toda a rede, sob a forma de “taxa de publicidade”. Considerem-se, também, os investimentos que os distribuidores fazem na formação de pessoal especializado, para dar assistência técnica de produto, fator não desprezível de atração dos consumidores, especialmente em se tratando de produtos de maior tecnicidade. Ora, o terceiro beneficia-se de tudo isso sem fazer qualquer investimento. Assim, trabalha com custos menores e pode ofertar preços mais atraentes aos consumidores.<sup>287</sup>

A questão revela-se bastante complexa, especialmente sob a ótica da liberdade de concorrência e das normas de Direito Econômico que a protegem, e a ela voltaremos quando procedermos, no próximo capítulo, à análise de algumas cláusulas típicas dos contratos de distribuição. Para facilitar sua abordagem, convém subdividi-la em três indagações: o controlador pode recusar-se a fornecer produtos a revendedores que não integram a rede? pode ainda, caso os produtos cheguem a esses revendedores, sem o seu consentimento, opor-se à sua revenda? e quanto aos distribuidores, teriam eles legitimidade para questionar ou impedir a atuação dos estranhos à rede?

A primeira indagação deve ser respondida tendo-se em conta o que dispõe o art. 21 da Lei nº 8.884/94, que, em seu inciso XIII, dentre outras condutas passíveis de caracterizar hipótese prevista em algum dos incisos do art. 20 do mesmo diploma, trata da recusa de venda de bens ou de prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais. Dá-se que a recusa de venda fundada na existência de rede de distribuição exclusiva, por si só, não se enquadra em qualquer das hipóteses do referido art. 20, que alcançam os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos: i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e iv) exercer de forma abusiva posição dominante. Realmente, é legítima a pretensão do fornecedor de organizar a distribuição de seu produto no mercado, por meio de uma rede integrada, afinada com os padrões comerciais que estabelecer. Todavia, as

<sup>286</sup> Há parasitismo econômico, em termos gerais, segundo Marie-Laurie Izorche, *Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme*, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, a. 51, n. 1, p. 18-52, jan./mar. 1998, p. 18, quando um agente econômico se aproveita dos esforços de outro, quer para explorar uma mesma clientela potencial – e aí tem-se a concorrência parasitária – quer para explorar clientela diversa (atuação parasitária não-concorrencial). De acordo com este mesmo autor, p. 50, o parasitismo concorrencial, na medida em que dispersa o valor atrativo da marca e, por conseguinte, o valor dos produtos, poderia dar ensejo à responsabilização do agente parasita

circunstâncias concretas do mercado, que devem ser tidas em conta pelos órgãos a quem cabe a aplicação da lei, podem conduzir a conclusão diversa, principalmente quando se constata um alto grau de concentração da oferta nas mãos de poucos fornecedores, agravada pela limitação à concorrência entre os distribuidores.

Pelas mesmas razões, são válidas, em princípio, as restrições, impostas pelo fornecedor aos seus distribuidores, direcionadas a impedir a comercialização dos produtos por terceiros externos à rede, apesar do disposto no art. 21, XI, da Lei nº 8.884/94.<sup>288</sup> Inobservadas estas pelos distribuidores, e dada a gravidade da conduta, que pode levar à “explosão” da rede, abre-se caminho para a resolução do contrato. Na prática, o fornecedor poderá “rastrear” a comercialização ilícita de seus produtos no mercado, obrigando em Juízo os comerciantes não integrados à rede que os revendem a declararem sua fonte de aprovisionamento, e presumindo-se, em caso de recusa, que os produtos são objeto de contrafação.

As cláusulas restritivas à comercialização podem ser opostas a terceiros, com o propósito de impedir-lhes a atividade de revenda? Na hipótese em que os contratos sejam passíveis de registro no INPI e, de fato, tenham sido registrados, a Lei nº 9.729/96 possibilita uma resposta positiva.<sup>289</sup> Mas, à míngua de registro, a oponibilidade estará a depender das circunstâncias do caso concreto. Demonstrado que o terceiro, à vista delas, não poderia ignorar o caráter integrado e exclusivo da atividade distributiva dos produtos,<sup>290</sup> pode-se-lhe exigir que cesse a comercialização desses produtos, além de responder pelos danos causados ao fornecedor e aos distribuidores afetados. Nesse caso, estarão plenamente legitimados a agir, dado o seu inegável interesse em preservar a exclusividade que lhes foi outorgada, os distribuidores das áreas em que o *free-rider* atua.

Até aqui estamos no âmbito contratual e da responsabilidade civil. Resta saber se, sob o ponto de vista do Direito da Propriedade Industrial, aí compreendidas as normas que coíbem a concorrência desleal, há possibilidade de se atacar judicialmente a conduta do *free-rider*. Nessa perspectiva, assinala-se que a Lei nº 9.279/96, garante, em seu art. 42, ao titular da patente, a prerrogativa de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos produto objeto da patente ou processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado, podendo

<sup>287</sup> Assim, “il potenziale cliente può fruire dei servizi di prevendita offerti da um distributore, mas perfezionare l’acquisto presso un suo concorrente che, non dovendo ammortizzare le spese ad essi relative, è in grado di praticare prezzi più convenienti” (Pardolesi, I contratti ..., p. 53).

<sup>288</sup> Este inciso estabelece, como conduta capaz de caracterizar hipótese prevista no art. 20 do mesmo diploma, a imposição no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, de preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro **ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros.**

<sup>289</sup> “Art 211 O INPI fará o registro dos contratos que impliquem transferência de tecnologia, **contratos de franquia e similares** para produzirem efeitos em relação a **terceiros**”. Por tudo o que foi dito até agora, parece-nos perfeitamente sustentável a qualificação dos contratos de concessão integrada como contratos similares aos de franquia, especialmente quando envolvem a licença de uso da marca do concedente.

ainda impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem tais atos. Todavia, diz o artigo seguinte em seu inciso IV, isso não se aplica quando o produto fabricado de acordo com patente de processo ou de produto tiver sido colocado no **mercado interno** diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento. Este dispositivo, ao tempo em que afasta, sob o ângulo da proteção conferida pela patente, restrições à revenda no mercado interno, após a sua introdução nele pelo titular ou com seu consentimento, confere-lhe o instrumento para atacar as importações paralelas, ainda que originárias de distribuidores que, no exterior, adquiriram licitamente os produtos, mas não contam, eles e os importadores, com autorização para introduzi-los no mercado brasileiro.<sup>291</sup> Já no que diz respeito às marcas, o art. 132 estabelece que o titular não poderá impedir a livre circulação de produto colocado no mercado interno, por si ou por outrem com o seu consentimento, ressalvado o disposto nos pars. 3º e 4º do art. 68, regime substancialmente idêntico ao das patentes. Enfim, após a primeira venda autorizada do produto **no mercado interno**, o fornecedor, e tampouco os distribuidores, não pode brandir contra terceiros externos à rede as regras protetivas de marcas e patentes, para impedir a revenda por parte destes. Trata-se da *first sale doctrine*, de origem norte-americana, que, por sinal, naquele país abarca inclusive as importações feitas ao arrepio do consentimento do fabricante.<sup>292 293</sup>

<sup>290</sup> Tenha-se em vista, por exemplo, a aposição aos produtos de referência nesse sentido

<sup>291</sup> Exceções a esta regra que impossibilita as importações não consentidas constam dos pars. 3º e 4º do Art. 68 do mesmo diploma, que trata da licença compulsória:

“§ 3º No caso de a licença compulsória ser concedida em razão de abuso de poder econômico, ao licenciado, que propõe fabricação local, será garantido um prazo, limitado ao estabelecido no art. 74, para proceder à importação do objeto da licença, desde que tenha sido colocado no mercado diretamente pelo titular ou com o seu consentimento.

§ 4º No caso de importação para exploração de patente e no caso da importação prevista no parágrafo anterior, será igualmente admitida a importação por terceiros de produto fabricado de acordo com patente de processo ou de produto, desde que tenha sido colocado no mercado diretamente pelo titular ou com o seu consentimento”

<sup>292</sup> Vale referir que, nos EUA, discutiu-se, com base na legislação de *copyright*, se o fabricante teria condições de estabelecer parâmetros para a revenda de seu produto no mercado. A Suprema Corte, no caso *Bobbs-Merrill Co v Straus*, julgado em 1908, em que o autor reivindicava o direito de impor preço de revenda de livros ao réu, com base no *Copyright Act* de 1890 (segundo o qual o titular do *copyright* detinha “the sole liberty of printing, reprinting, publishing, completing, copying, executing, finishing, and vending” seus trabalhos), assentou a *first sale doctrine*, pela qual, depois que o titular do direito coloca o produto no mercado, os adquirentes têm o pleno direito de revendê-lo, não se extraindo da legislação de propriedade industrial qualquer restrição nesse sentido. Essa doutrina foi recepcionada pelo *Copyright Act* de 1909, mantendo-se na legislação a partir daí. Recentemente, outro processo foi submetido à Suprema Corte (*Quality King Distributors, Inc v. L'anza Research International, Inc*). Com base na legislação de propriedade industrial, desta feita o *Copyright Act* de 1976, o autor investiu contra a reimportação para o mercado norte-americano de produtos que vendera no mercado internacional a preços inferiores aos praticados no mercado interno. Alegou que a diferença de preços se justificava em razão de que as técnicas de *marketing* e de distribuição utilizadas nos Estados Unidos eram mais onerosas e que a importação paralela, sem sua autorização, punha em risco essas técnicas. Sustentou que a *first sale doctrine*, agasalhada na seção 109(a) do *Copyright Act* de 1976, não seria aplicável às importações, regidas por preceito específico, a seção 602(a), que proibiria a importação não autorizada de produtos. Mas a Corte, interpretando esse dispositivo, manteve a aplicação da doutrina também às hipóteses de importação, pelo voto do *Justice Stevens*: “After the first sale of a copyrighted item ‘lawfully made under this title’, any subsequent purchaser, whether from a domestic or from a foreign reseller, is obviously an ‘owner’ of that item. Read literally, § 109(a) unambiguously states that such an owner ‘is entitled, without the authority of the copyright owner, to sell’ that item. Moreover, since § 602(a) merely provides that unauthorized importation is an infringement of an exclusive right ‘under section 106’, and since that limited right does not encompass resale by lawful owners, the literal text of par 602(a) is simply inapplicable to both domestic and foreign owners of L’anza’s products who decide to import them and resell them in the United States”. Assim, a legislação de propriedade industrial norte-americana não apresenta obstáculos às importações paralelas, que geram aquilo que se tem denominado “gray market” (mercado cinza), o qual escapa às diretivas de *marketing* e distribuição do titular da marca. Assinale-se que nada disso está a impedir que, contratualmente, o titular estabeleça restrições contratuais no tocante à revenda dos produtos, mas que amarram apenas as partes envolvidas no contrato.

<sup>293</sup> A discussão, sob a ótica da legislação de propriedade industrial, apenas começa a ser travada no nosso Judiciário. Na AC 94 733.4/2-00, julgada pela 4ª Câmara de Direito Privado do TJSP, por maioria, Rel. designado Des. Olavo

O instituto da concorrência desleal, que, entre nós, vem sendo tradicionalmente regulado nos mesmos diplomas que tratam da proteção às marcas e patentes, oferece um espaço mais amplo para o trato do problema, abarcando um sem-número de práticas abusivas voltadas quer ao aproveitamento de elementos do fundo de comércio de outro empresário, quer, inversamente, à detração desses elementos. Em outras palavras, o concorrente desleal, por meio de diversos artifícios, procura aproveitar-se da reputação do seu concorrente ou atacá-la. A Lei nº 9.279/96, em seu art. 195, contempla diversos tipos criminais de concorrência desleal, dentre os quais, merecem destaque, para os propósitos de nosso trabalho, estes: emprego de meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem; uso de expressão ou sinal de propaganda alheios, ou sua imitação, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos; uso indevido de nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou venda, exposição ou oferta à venda ou manutenção em estoque de produto com essas referências. Assinale-se que, além das conseqüências de ordem penal, qualquer dessas condutas dá ensejo ao ajuizamento de ações cíveis, como preceitua o art. 207 do mesmo diploma. Mas a avenida alarga-se com o art. 209, que ressalva ao prejudicado pela concorrência desleal o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos da propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos na lei, mas tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviços, ou entre os produtos e serviços postos no comércio. Considerados esses dispositivos, especialmente o último, haverá concorrência desleal, quando o terceiro externo à rede busque valer-se da existência desta e dos serviços por ela prestados, para introduzir no mercado, por preço menor, já que não arca com os custos gerados pela distribuição integrada, os produtos objeto da distribuição integrada. Esse proceder revela-se tanto mais prejudicial aos concorrentes, quanto maior a reputação da marca ou a tecnicidade dos produtos. Basta pensar na venda de produtos de consumo conspícuo, que costuma ser feita em estabelecimentos com características especiais, tanto em termos de localização e apresentação física, como de preparo dos atendentes. A revenda não autorizada em estabelecimentos sem essas características certamente é prejudicial à marca. O mesmo se diga daqueles produtos de maior grau de complexidade técnica, em que se espera que o distribuidor possua uma estrutura mínima de atendimento pós-venda, cuja ausência, em estabelecimento não-autorizado, levará o

---

Silveira, j 15.06.2000, foi declarada a ilegalidade das importações paralelas, sem autorização do titular da marca. No caso, a autora, sustentando sua condição de subsidiária da fabricante e de distribuidora exclusiva de máquinas de costura da marca “Brother” no Brasil, postulou fosse a ré impedida de importá-las e comercializá-las no território nacional, com base nos arts. 132, III, 139 e 140, todos da Lei nº 9.279/96. Afastada a ilegitimidade da autora, alegada pela ré, o colegiado, no mérito, entendeu que a restrição não caracterizava abuso de poder econômico, punido pela Lei nº 8.884/94, e, pelo contrário, encontrava respaldo nos dispositivos citados da Lei de Propriedade Industrial. Eis sua ementa: “Marcas e patentes. Propriedade da marca. Importação de máquinas. Exclusividade de subsidiária da titular da marca. Cautelar anterior objetivando a continuidade das atividades julgada improcedente. Titularidade de registro na



consumidor a procurar os serviços da rede. Em todos esses casos, tem-se a concorrência desleal, sob a forma de parasitismo, a que já nos referimos supra. O parasitismo, frise-se, não deixa de ter um certo parentesco com o instituto do enriquecimento sem causa, pois nele também se verifica o benefício às custas dos esforços de outrem, sem qualquer contrapartida do beneficiário.

Por derradeiro, observe-se que a legislação protetiva do consumidor impossibilita que se descarregue sobre este o ônus da aquisição do produto junto a revendedor não autorizado, especialmente no tocante à garantia a cargo do produtor. Assim, é lícito afirmar que a rede de distribuição não pode eximir-se da prestação de serviços pós-venda, inclusive os relativos à garantia, ao consumidor que adquiriu o produto em estabelecimento que não a integra. Todavia, os distribuidores têm o direito, ainda que não esteja contratualmente previsto, de postular reembolso ao fornecedor.

## CAPÍTULO 3 - ANÁLISE DE ALGUMAS CLÁUSULAS COMUNS AOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO, À LUZ DO DIREITO CONTRATUAL E DO DIREITO ECONÔMICO

### 3.1. PREMISSAS À ANÁLISE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS

Colaboração, integração e dependência, idéias tantas vezes referidas ao longo deste trabalho, se traduzem, nos contratos de distribuição, em diversas cláusulas, que tratam de obrigações e prerrogativas contratuais. Essas cláusulas não são relevantes apenas sob a ótica da relação bilateral distribuidor-fornecedor, mas também no tocante à estruturação da rede de distribuição como um todo e às relações desta com terceiros.

Do que se expôs nos capítulos precedentes, infere-se que, na ordem agência -> concessão comercial -> franquia, a relação contratual torna-se progressivamente mais complexa, aumentando o número de obrigações a cargo das partes, principalmente dos distribuidores, o que se traduz na extensão e densidade dos instrumentos contratuais que a disciplinam.<sup>294</sup> O núcleo obrigacional básico da agência é formado pela prestação de um serviço (captação de clientela para o representado) contra o pagamento de comissão, com eventual prestação, pelo agente, de outros serviços ligados à execução do contrato entre o representado e o adquirente.<sup>295</sup> Na concessão comercial, o concessionário adquire produtos do concedente, para revendê-los no mercado, segundo um plano comercial estabelecido pelo concedente, normalmente assumindo a responsabilidade de dar assistência técnica aos consumidores, podendo ainda fazer uso de alguns sinais de identificação do concedente, especialmente sua marca.<sup>296</sup> Há, pois, obrigações próprias à compra e venda mercantil, nas aquisições feitas junto ao fabricante, à promoção para revenda, ao licenciamento de uso de bens imateriais e à prestação de serviços. Por sua vez, na franquia, em sua configuração mais completa (*format business franchise*), na qual se dá a reprodução, pelo franqueado, de um modelo de organização empresarial, ambas as partes assumem múltiplas obrigações: o franqueador deve transferir, tanto no início, como ao longo do relacionamento, conhecimentos técnicos, comerciais, e administrativos ao franqueado; deve, igualmente, possibilitar-lhe a utilização de signos de identificação do seu estabelecimento e de seus produtos ou serviços; por seu turno, ao franqueado cabe adotar, em seu estabelecimento, os padrões estabelecidos pelo franqueador;

<sup>294</sup> Para além das obrigações clausuladas, não é demasiado insistir que o conteúdo da relação contratual, especialmente em contratos de duração ou, ainda mais, em contratos relacionais, é bastante enriquecido com as projeções do princípio da boa-fé objetiva, operando enquanto cláusula geral de integração do contrato, da qual irradiam deveres instrumentais à plena consecução da função econômico-social do acordo.

<sup>295</sup> Como, entre nós, autoriza o art. 1º da Lei nº 4.886/65.

<sup>296</sup> Precisamente nesse sentido, a Lei nº 6.729/79, em seu art. 3º, dispõe que o objeto da concessão é composto pela comercialização de veículos, implementos e componentes fornecidos pelo produtor, pela prestação de serviços de assistência técnica; e pela uso da marca do concedente.

eventualmente adquirir produtos do franqueador ou de terceiros por ele indicados; pagar taxas ao franqueador pela operação da franquia.<sup>297</sup>

Sucede que essas obrigações também devem ser submetidas ao crivo das normas de Direito Econômico, tanto pelos efeitos restritivos à concorrência que podem provocar intra-rede, como pelos efeitos extra-rede.<sup>298</sup> Deveras, a formação de uma rede de distribuidores costuma implicar diversas restrições à atuação no mercado dos agentes econômicos envolvidos. De um lado, limita-se a concorrência entre os distribuidores, por meio de cláusulas de exclusividade territorial e de preços. De outro, pode ocorrer, em virtude de cláusulas de exclusividade de aprovisionamento, um fechamento dos canais de distribuição a outros distribuidores que queiram entrar no mercado. Há, ainda, uma formidável concentração de poder econômico nas mãos do controlador da rede. Porém, também são inegáveis as vantagens que essas redes propiciam, quer permitindo o acesso ao mercado de fabricantes que não teriam condições de assumir o ônus da distribuição, ou, pelo menos, de fazê-lo em nível nacional, o que aumenta a concorrência intermarcas, quer trazendo benefícios aos consumidores, que passam a contar com uma distribuição uniforme do produto e com um padrão igualmente uniforme de atendimento, especialmente no tocante à prestação de serviços pós-venda. Diante disso, não é sustentável, em homenagem a uma ultrapassada concepção atomística do mercado,<sup>299</sup> pura e simplesmente negar-se a licitude das redes de distribuição, impondo-se, sim, o controle das cláusulas que as estruturam,<sup>300</sup> cujos potenciais efeitos anticoncorrenciais são tanto maiores, quanto mais ampla a rede, tarefa que vem sendo empreendida, há muito, pelos órgãos de controle de práticas anticoncorrenciais na Europa<sup>301</sup> e nos

<sup>297</sup> O art. 2º da Lei nº 8.955 menciona, como núcleo básico da franquia, a cessão de uso da marca ou patente, associada ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços, e, **eventualmente**, ao direito ao uso de tecnologia de implantação e administração do negócio. Pode-se afirmar ser uma definição minimalista da franquia, que permite abarcar situações outras além do *format business franchise*, muito próximas, senão equivalentes, à concessão comercial (o que não deve causar estranheza, tendo em vista a aproximação tipológica aos contratos em apreço)

<sup>298</sup> Eis que, na lição de Maria Helena Brito, O contrato de concessão comercial, p. 243, o contrato de concessão (e o mesmo se pode dizer do contrato de franquia) “traduz uma conduta de sujeitos econômicos susceptível de alterar a estrutura e o comportamento competitivo no mercado”

<sup>299</sup> É Fábio Konder Comparato, Novas formas jurídicas de concentração empresarial, in Revista de Direito Mercantil, a XI, n. 5, p. 133-142, 1972, p. 139, quem se refere a e critica essa concepção atomística, segundo a qual qualquer acordo entre empresas falsearia a concorrência.

<sup>300</sup> Cláusulas que muitas vezes só se justificam no contexto de uma rede integrada, revelando-se abusivas, quando divorciadas do propósito de integração distributiva.

<sup>301</sup> Em nível comunitário, o Tratado de Roma, ato fundador da Comunidade Econômica Européia, trouxe normas específicas sobre a concorrência no espaço comunitário, merecendo destaque seus artigos 85 e 86 (cuja redação não foi alterada pelo Tratado de Maastricht). O primeiro proibiu acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas, “qui sont susceptibles d’affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d’empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l’intérieur du marché commun”. Dentre as práticas concertadas proibidas, esse dispositivo elenca as seguintes: fixação direta ou indireta de preços e de outras condições de venda; limite ou controle da produção, dos investimentos, e do desenvolvimento técnico, **repartição de mercados e de fontes de aprovisionamento**; aplicação a parceiros comerciais de condições desiguais a prestações equivalentes, impingindo-lhes desvantagem concorrencial; subordinação da conclusão de contratos à aceitação de prestações suplementares que, por sua natureza ou de acordo com as práticas comerciais, não são ligadas ao objeto do contrato. O segundo voltou-se à exploração abusiva de posição dominante assumida por uma ou várias empresas, alcançando, dentre outras, as seguintes práticas: imposição direta ou indireta de preços e de outras condições não equitativas; limitação à produção e ao desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; tratamento de forma desigual dos diversos parceiros comerciais; condicionamento da realização de contratos à aceitação de outras prestações. No que tange às práticas coibidas pelo art. 85, seu item 3 possibilita a concessão de isenções pelos órgãos competentes, desde que essas práticas sejam justificáveis à luz de vantagens econômicas e técnicas que proporcionam,

Estados Unidos da América.<sup>302</sup> Já no Brasil,<sup>303</sup> só recentemente tem havido, por parte do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, uma preocupação maior no

beneficiando o consumidor, e não criando restrições excessivas no mercado. A partir desses dispositivos, constitui-se, nos órgãos comunitários, uma extensa casuística de proteção à concorrência e de combate ao abuso de poder econômico, emanada da Comissão Européia e do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia (TJCE), cada qual produzindo mais de uma centena de decisões a respeito da matéria. No que tange à Comissão, do exame dos casos concretos que lhe são sujeitos, são possíveis três soluções: declaração da higidez dos acordos ou práticas, sob a ótica das normas comunitárias; declaração da existência de acordos e práticas anticoncorrenciais, que assim são invalidados, ou, alternativamente, reconhecimento dos efeitos anticoncorrenciais, mas, em aplicação do § 3º do artigo 85, concessão de isenção a esses acordos. No caso específico dos contratos de franquia, merecem ser citadas cinco decisões da Comissão, todas em resposta a pedidos de declaração negativa de incidência do art. 85 do Tratado, formulados pelos próprios franqueadores: Pronuptia, de 17.12.86; Yves Rocher, também datada de 17.12.86; Computerland, de 13.07.87, ServiceMaster, de 14.11.88; e Charles Jourdan, de 02.12.88. Em todos esses casos, a Comissão procedeu da seguinte forma. Em primeiro lugar, identificou as cláusulas necessárias ao bom funcionamento do contrato, especialmente as que garantem proteção ao *savoir-faire* e preservam a reputação e identidade da rede, as quais não incorrem na proibição do art. 85, § primeiro. Num segundo momento, identificou as cláusulas passíveis de ocasionar limitações à concorrência. Finalmente, verificou se estavam presentes as condições estabelecidas no art. 85, § 3º -- vantagens técnicas e econômicas do sistema, benefícios ao consumidor, inexistência de restrição substancial -- para, em caso positivo, conceder isenção individual. Para além disso, a Comissão, por delegação do Conselho, editou diversos regulamentos, especialmente dispondo, como veremos, sobre as chamadas isenções categoriais, vale dizer, isenções aplicáveis a toda uma série de contratos que contenham certas cláusulas e não contenham outras. Fê-lo considerando justamente o acervo de pronunciamentos em casos individuais. Quanto ao Tribunal, detém ele competência para julgar da validade ou não do acordo ou prática, mas não para conceder isenções. Tudo isso mostra que, desde logo, houve plena consciência de que o desenvolvimento comunitário poderia ser obstaculizado por práticas privadas de restrição da concorrência, dificultando o fluxo comercial entre os países membros. Não bastava, portanto, eliminar barreiras aduaneiras e barreiras estatais de uma forma geral, sendo necessário cuidar para que elas não fossem substituídas por entraves comerciais criados pelos agentes econômicos privados. Por conseguinte, para que a decisão, acordo ou prática concertada reclame controle pelos órgãos comunitários, ela deve ser capaz de afetar o comércio entre os estados-membros. Quando tiver efeitos exclusivamente internos a um Estado-membro, deixa de ser assunto comunitário, sujeitando-se aos mecanismos de controle específicos do Estado em questão. Naturalmente, não deixa de ser complexa a avaliação dos efeitos de um determinado acordo, o qual, à primeira vista, pode aparentar uma influência apenas regional, mas, examinado mais a fundo, pode criar obstáculos ao comércio comunitário. No que interessa mais de perto aos propósitos deste trabalho, indagou-se se a proibição aos acordos anticoncorrenciais aplicava-se apenas aos acordos horizontais -- realizados entre agentes no mesmo estágio de atividade econômica, caso dos fabricantes de marcas concorrentes -- ou também aos acordos verticais -- entre um dado fabricante e os distribuidores de seus produtos. Em outras palavras, tratava-se de apenas garantir a concorrência intermarcas, ou também a concorrência intramarca? Sem embargo de existirem importantes vozes defendendo que os acordos envolvendo distribuidores do mesmo produto não causam prejuízo à concorrência, mas, pelo contrário, reforçam a concorrência entre marcas, posição defendida por Guyenot (*Les contrats de concession commerciale*, p. 64; *Que es el franchising?*, p. 104), o TJCE firmou entendimento no sentido de que mesmo os acordos verticais estavam sujeitos ao crivo, pelos órgãos competentes, de adequação ao disposto no art. 85, do Tratado. Assim se decidiu no *arrêt* LTM-MBU, de 30.06.66, em que a Corte julgou passível de controle o acordo de exclusividade dentro da rede de distribuição, considerando irrelevante o fato de envolver distribuidores de um mesmo produto. Essa posição foi reiterada no *arrêt* Grundig, de 13.07.66, no qual se julgou ilegal a proteção territorial absoluta dos distribuidores, salvo nos casos em que essa proteção fosse a única maneira de garantir a penetração do produto em um dado mercado. Segundo a Corte, os acordos não se distinguem, para fins de exame de sua validade à luz do art. 85, “selon qu’ils sont passés entre opérateurs concurrents au même stade ou entre opérateurs non concurrents situés à des stades différents” (apud Alain Ronzano, in *Le contrat-cadre ...*, p. 17). A propósito dessas decisões, Schapira et alii, *Droit européen des affaires*, p. 427. Dessarte, mesmo reconhecendo que as redes podem fortalecer a concorrência entre fabricantes, o Tribunal entendeu que isso não poderia eliminar totalmente a concorrência entre os distribuidores de uma marca (Schapira et alii, op. cit., p. 459). Decisão do Tribunal que teve a maior ressonância no âmbito comunitário e que veio a influenciar a regulação da matéria pela Comissão foi a proferida no *affaire* Pronuptia. Para além de decisões individuais acerca da matéria, já referidas, a Comissão da CEE editou uma série de regulamentos estabelecendo isenções categoriais relativas a contratos de distribuição. Esses regulamentos, normalmente, prevêm os tipos de cláusulas que não configuram restrições concorrenciais, as cláusulas que, sem embargo de limitarem a concorrência, produzem os benefícios previstos no aludido § 3º do art. 85, justificando a isenção, e, finalmente, as cláusulas proibidas, cuja presença em um determinado contrato afasta a isenção. Nesse sentido, convém citar os seguintes regulamentos editados pela Comissão (no uso de poderes delegados pelo Regulamento nº 19/65, do Conselho), que dispuseram sobre a matéria: Regulamento nº 67/67, aplicável aos contratos de venda com cláusulas de exclusividade, depois substituído pelos Regulamentos nº 1983/83 e 1984/83; Regulamento nº 123/85, relativo aos contratos de concessão de venda de veículos automotores, substituído pelo Regulamento nº 1.475/95; Regulamento nº 4.087/88, aplicável aos contratos de franquia.

<sup>302</sup> Convém lembrar que os Estados Unidos da América foi o país pioneiro na instituição de mecanismos hábeis a combater as modernas formas capitalistas de concentração de poder econômico e conseqüente abuso desse poder, resultantes da transformação de um capitalismo concorrencial em um capitalismo de oligopólios. Com efeito, no final do século passado, foi editado o *Sherman Act*, que deu início à legislação *antitrust* naquele país, declarando ilegal “every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade”. Posteriormente, o sistema de proteção à concorrência foi sendo complementado por outros diplomas, como o *Clayton Act* e o *Federal Trade Act*. Sem embargo da existência de *statutes* regulando a matéria, as expressões gerais utilizadas pelo legislador mantiveram com os Tribunais uma grande margem de discricionariedade na *construction* das normas em questão. No que tange à

aplicação da legislação *antitrust*, a grande questão que se colocou consistiu em saber se as proibições inscritas no *Sherman Act* eram incondicionadas, vale dizer, operantes independentemente das concretas consequências do acordo ou da prática sobre mercado relevante (*per se violations*), ou, se, pelo contrário, estavam a depender de um exame caso a caso dos reflexos, positivos e negativos, do ato questionado sobre a concorrência, uma espécie de balanço concorrencial (*rule of reason*). Conquanto o *Sherman Act* não fizesse qualquer distinção entre restrições razoáveis e irrazoáveis, os Tribunais passaram a fazê-lo, de forma que o sistema de controle das práticas anticoncorrenciais baseado na *rule of reason* obteve a consagração da Suprema Corte, na famosa decisão *Board of Trade of Chicago v US*, de 1918, na qual o *Justice Brandeis*, em seu voto, assim exprimiu a operacionalidade dessa regra: “*Every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain is of their very essence. The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine that question the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied, its conditions before and after the restraint was imposed, the nature of the restraint and its effects, actual or probable. The history of restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose and end sought to be attained, are all relevant factors*” (apud, Matteo Beretta, Tutela della concorrenza ..., p. 204, nota 3). Antes disso, registra Juan Ignacio Ruiz Peris, El contrato de franquicia, p. 33, nota 36, já tinham sido esboçadas algumas construções jurisprudenciais, como a das *ancillary restraints*, isto é, as restrições constantes de cláusulas acessórias a um contrato válido e que eram indispensáveis à proteção dos contratantes relativamente ao gozo dos legítimos benefícios do contrato. Isso não significa que se tenham afastado de todo as *per se violations*. Pelo contrário, diversos acordos entre empresas continuaram sendo considerados ilegais independentemente da concreta análise de seus efeitos no mercado. Caso típico das restrições horizontais de mercado, estabelecidas entre empresas que desempenham a mesma atividade econômica; caso também das restrições de preço, sejam elas *interbrand* (entre produtos concorrentes) ou *intra-brand* (envolvendo produtos da mesma marca comercializados por pessoas diversas) Peris, op. cit., p. 35, nota 39, elenca as seguintes categorias de acordos nas quais continuou sendo aplicável a *per se doctrine*: fixação horizontal de preços, fixação vertical de preços, grupos de boicote, acordos vinculados e repartição horizontal de mercados. No tocante especificamente à preocupação em submeter os contratos de franquia a um exame sob o ângulo concorrencial, manifestou-se ela com maior força a partir da década de sessenta, quando se multiplicaram as decisões administrativas e judiciais acerca da matéria, em grande parte por iniciativa do *US Justice Departement*, que passou a questionar as restrições verticais (Beretta, op. cit., p. 227). Daí em diante, seguiram-se inúmeros pronunciamentos sobre a validade de cláusulas típicas a tais contratos, especialmente as que dispunham sobre seleção dos franqueados, restrições territoriais e de clientela, conduta comercial do franqueado, fontes de aprovisionamento, preços, produtos a serem vendidos. Como regra geral, o reconhecimento da importância desse tipo contratual, propiciando o estabelecimento de pequenos e médios empresários como braços da rede, e estimulando a concorrência *interbrand*, favoreceu a evolução a partir de uma postura mais rígida, pela qual se vislumbravam diversas cláusulas passíveis de caracterizar *per se violations*, para uma progressiva aplicação da *rule of reason*.

<sup>303</sup> Em sede constitucional, o art. 170 da Carta de 1988 elenca a livre concorrência como um dos princípios fundadores de nossa ordem econômica. Por sua vez, o § 4º, do art. 173, dispõe sobre a repressão do abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Tais preceitos devem ser compreendidos à luz de outros princípios inscritos na Constituição, nomeadamente nos seus arts. 1º e 3º. Inadmissível lê-los, na linha de certa doutrina norte-americana (Escola de Chicago), sob a ótica redutora de uma busca da eficácia econômica, alcançável mediante a eliminação de todas as restrições ao livre mercado, públicas ou privadas. No contexto de uma Constituição que atribui ao Estado tarefas de promoção social e econômica, assumem, como sustenta Paula Forgioni, Os fundamentos do antitruste, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, a função de instrumentos para a implementação de políticas públicas. Esta autora toma o direito antitruste “como uma técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso de poder e a tutela da livre concorrência” (p. 21). Em outro ponto de seu trabalho, volta a afirmar: “Atualmente, entretanto, quando se coloca o caráter instrumental das normas antitruste, inseridas em um contexto de direito econômico, não se pode deixar de referi-lo como técnica relacionada à implementação de uma política pública” (p. 81, nota 169). Em suma, a livre concorrência, tal como recebida em nossa Lei Maior, não se presta mais à realização de um modelo econômico liberal, hipótese na qual seria como que um imperativo categórico ou incondicional, mas está funcionalizada em relação a certos fins perseguidos pela Constituição. Quanto à legislação infraconstitucional que concretiza essas diretivas, destacam-se, atualmente, a Lei nº 8.137/90, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e a Lei nº 8.884/94, que organiza o CADE e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. É a partir destes diplomas que devem ser examinadas as cláusulas e práticas comuns aos contratos de distribuição. Cumpre ainda indagar se, de forma similar aos ordenamentos forâneos acima mencionados, as práticas proscritas por esses textos, especialmente as elencadas no art. 4º, da Lei nº 8.137/90, e no art. 21, da Lei nº 8.884/94, caracterizam modalidades de ilicitude *per se* ou se, ao concretizá-las, o aplicador também deve considerar os efeitos concretos sobre o mercado, procedendo, além disso, a uma espécie de balanço concorrencial, no qual deverá ter em mente os efeitos benéficos e deletérios da prática em exame. Nesse sentido, é de ter presente que as condutas elencadas nos diversos incisos do art. 21 da Lei nº 8.884/94 só configuram infração da ordem econômica se tiverem por objeto ou puderem produzir os seguintes efeitos: i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; iii) aumentar arbitrariamente os lucros; iv) exercer de forma abusiva posição dominante. Ora, a aferição disso está a reclamar um exame do mercado em que se movimentam os agentes econômicos em questão, considerando fatores concretos tais como a participação no mercado dos agentes envolvidos na prática restritiva da concorrência. Acresce que, no que tange ao controle exercido pelo CADE sobre atos que possam prejudicar ou limitar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados, o § 1º, art. 54, da Lei nº 8.884/94, de forma similar ao § 3º, art. 85, do Tratado de Roma, possibilita a concessão de “isenções” (o CADE poderá autorizar os atos), desde que: i) tais atos tenham por objetivo um aumento de produtividade, uma melhora na qualidade dos bens ou serviços ou ainda propiciem a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; ii) os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os participantes do ato, de um lado, e os consumidores ou usuários

controle de certos efeitos de fechamento de mercado provocados por cláusulas inseridas em contratos de distribuição.<sup>304</sup>

Por tudo isso, a importância de se proceder a uma análise transversal das cláusulas, tendo em vista as normas de Direito Privado e de Direito Público aplicáveis, especialmente, dentre estas últimas, as de Direito Econômico.<sup>305</sup>

Registre-se ainda, atentando para a abordagem tipológica, a que se fez referência no capítulo 1, que a presença ou ausência de uma ou algumas das obrigações inscritas nas cláusulas que serão examinadas é importante para aferir a maior ou menor integração resultante do contrato. E o grau de integração reflete diretamente sobre os limites e condições do término da relação contratual, como veremos ao discorrer sobre a matéria no próximo capítulo.

Dito isso, procede-se ao exame das cláusulas, quando não típicas, pelo menos freqüentes nos contratos de distribuição, sobretudo nos de concessão e franquia.

---

finais, do outro; iii) não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante de bens e serviços, iv) sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados (mais uma vez, a idéia de proporcionalidade). Já o § 2º do mesmo artigo estipula que bastará o atendimento de três dessas quatro condições “quando necessários [os atos] por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final”. Este último dispositivo permite introduzir no exame da validade da prática restritiva toda uma gama de valores que não são enquadráveis sob a estrita lógica da eficiência econômica. Assim, por exemplo, pode ser considerada relevante a necessidade de fortalecimento de grupos nacionais para melhor poderem concorrer com gigantes multinacionais. O dispositivo em comento traduz em nosso sistema jurídico, segundo Alfredo de Assis Gonçalves Neto, Direito Comercial, Curitiba, Juruá, 1998, p. 237, a regra da razão

<sup>304</sup> O tema despertou atenção em diversos acordos operacionais (Brahma-Miller e Anheuser-Busch-Antarctica) e atos de concentração (AmBev) que foram submetidos, em tempos recentes, à apreciação do CADE. Em especial no ato de concentração envolvendo as duas maiores fabricantes de cerveja nacionais, Brahma e Antarctica, que deu origem à AmBev, o CADE, dentre as barreiras ao ingresso de novos fabricantes no mercado do produto, considerou as dificuldades de constituição e acesso a redes distributivas. Dificuldades significativamente aumentadas pelas cláusulas de exclusividade de aprovisionamento, impostas pelos fabricantes aos integrantes de suas redes. Em razão disso, a Relatora do processo condicionou a aprovação do ato, dentre outras exigências, à venda de algumas fábricas do grupo, **com abertura ao comprador da rede de distribuição, pelo prazo de quatro anos, prorrogável por mais dois anos (com pagamento de comissão de distribuição)**. Acompanhando o voto da Relatora, o então Presidente do CADE, Gesner de Oliveira, agregou, “como estímulo à entrada e desenvolvimento de empresas de pequeno porte”, o “compartilhamento dos canais de distribuição em cada um dos mercados relevantes”. Ambas as exigências foram contempladas no “Termo de Compromisso de Desempenho”, firmado pela AmBev. Acresce que, com base no voto da Relatora, que, por sua vez, baseou-se em relatório apresentado pela Secretaria de Direito Econômico, configurados indícios de práticas abusivas por todas as empresas integrantes do mesmo mercado, foi determinada a abertura de processo administrativo contra todas essas empresas, para que fossem apurados eventuais abusos de poder econômico na fase de distribuição.

<sup>305</sup> Na doutrina pátria, Assis Gonçalves Neto, op. cit., p. 244, Paula Forgioni, op. cit., p. 382, e Nuno T. P. Carvalho, Os contratos de franquia e o Direito Antitruste, Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, n. 14, p. 36-40, jan./fev. 1995, p. 40, defendem a submissão dos contratos de concessão e franquia ao controle previsto no art. 54 da Lei nº 8.884/94. Para este último autor, op. cit., p. 36, do fato de a lei de franquias possibilitar a inclusão, no contrato, de cláusulas de exclusividade e de não-concorrência pós-contratual, dentre outras, não se pode inferir que essas cláusulas estejam isentas de exame sob a ótica do Direito Econômico.

### 3.2. OBRIGAÇÃO PROMOCIONAL

Já assinalamos que, mesmo nas modalidades de distribuição em que é realizada a transferência da titularidade dos produtos do fabricante para o distribuidor,<sup>306</sup> como se dá tipicamente na concessão comercial, a subsequente oferta dos mesmos produtos no mercado não é irrelevante para aquele. Para usar mais uma vez a expressão cunhada na Itália, o distribuidor representa economicamente o fabricante, é um *longa manus* deste em direção ao mercado. Em razão disso, é-lhe imposta a obrigação de promover o produto do fabricante junto aos potenciais adquirentes, elemento nuclear dos contratos de distribuição.<sup>307</sup> Nessa perspectiva, a inércia do distribuidor é falta contratual que pode ensejar a resolução do vínculo entre as partes.

Essa obrigação pode ser vertida nos instrumentos contratuais em termos gerais, com a fórmula “melhores esforços” (*best efforts*), ou mediante compromissos mais específicos e concretos de aumento programado de vendas.<sup>308</sup> Neste último caso, é possível que venha a ser combinada com quotas de aquisição de produtos junto ao fabricante. Pode ainda ser reforçada com estímulos premiais, meramente simbólicos ou materiais.

Como instrumento de promoção de vendas, a publicidade do produto pode ser obrigatória, fixando-se no contrato um determinado percentual do faturamento do distribuidor a ser utilizado com essa finalidade, i) diretamente pelo distribuidor, ii) ou pelo fabricante ou por um terceiro indicado por este. No primeiro caso, é comum que o fabricante mantenha a prerrogativa de aprovar peças publicitárias, visando garantir a adequada divulgação de seu produto. No segundo, mais de acordo com o enfoque coletivo da rede, faz-se uma divulgação publicitária uniforme ou, quando menos, regionalizada do produto.

Mas não é só o distribuidor que está obrigado a promover o produto. Também ao fabricante toca um esforço promocional próprio, além da obrigação de coordenar as atividades dos integrantes da rede nesse sentido. Não deve abandonar sua rede à própria sorte, transformando-a em sua clientela cativa, por meio da imposição de quotas de compra de seus produtos.

<sup>306</sup> Na distribuição direta, com auxílio dos agentes, a obrigação promocional a cargo destes é mais claramente visualizável. Por sinal, o art. 28 da Lei nº 4.886/65 dispõe expressamente cumprir ao agente “dedicar-se à representação de modo a expandir os negócios do representado”.

<sup>307</sup> “Al centro dei contratti di distribuzione si staglia, dunque, l’obbligo, per il distributore, di promuovere la rivendita dei prodotti del fornitore” (Pardolesi, *I contratti* ..., p. 285).

<sup>308</sup> Pardolesi, *op. cit.*, p. 279.

### 3.3. APROVISIONAMENTO JUNTO AO PRINCIPAL OU A TERCEIROS POR ESTE APROVADOS – ESTABELECIMENTO DE QUOTAS

Os contratos de distribuição nem sempre se limitam a estabelecer uma obrigação promocional genérica: não é raro encontrarem-se cláusulas dispondo sobre metas de mercado a serem atingidas pelo distribuidor, sob a forma de quotas de aquisição de produtos para revenda e de percentuais de revenda ao mercado consumidor que devem ser alcançados. A cláusula de quotas consiste na fixação de uma determinada quantidade de produtos a ser adquirida pelo distribuidor dentro de certo período de tempo. Pode ser estabelecida em números absolutos ou pela aplicação de percentuais sobre determinadas variáveis (por exemplo, x% sobre as aquisições realizadas em período anterior, seja ele mês, bimestre, trimestre, semestre, ano).

Sem dúvida, o estabelecimento de quotas permite uma maior racionalização do circuito produção-distribuição. O produtor passa a ter condições de produzir já com a garantia de escoamento dos bens aos seus distribuidores. Não fica a depender de pedidos aleatórios destes. Por outro lado, porém, as expectativas de manutenção ou de crescimento do mercado consumidor podem revelar-se irreais, situação que tende a gerar conflitos entre o produtor e os distribuidores, que se negam a cumprir suas quotas, já que não conseguem dar saída aos bens que possuem em estoque.

Para compreendermos o significado e alcance dessas imposições quantitativas, é oportuno lembrar que, dos contratos-quadro que regem o relacionamento entre as partes, não emerge, como vimos alhures, uma obrigação concreta, para o distribuidor, de adquirir os produtos objeto de distribuição. Daí a sua especificidade relativamente às promessas de contratar e aos contratos de aplicação, que comportam execução específica. Todavia, como o propósito do contrato-quadro é regular um fluxo negocial entre as partes, seu objetivo não terá sido alcançado se esse fluxo não ocorrer ou for reduzido. Nessa ótica, a omissão do distribuidor em se aprovisionar junto ao fornecedor mostra-se ofensiva à obrigação geral de promover os produtos deste e, em tal medida, pode ensejar a resolução do contrato, como veremos infra. Em outras palavras, pela inação, o distribuidor descumpre uma obrigação de fazer.

Já se vê, pelo exposto, que o descumprimento das quotas estipuladas no contrato ou, com base neste, fixadas pelo fornecedor, pode levar ao descredenciamento do distribuidor, isto é, à resolução do contrato-quadro de distribuição. Todavia, de um lado, a estipulação das quotas não deve ser arbitrária e, de outro, o seu não-atingimento pode ser excusável, tendo em conta as condições de mercado com que se depara o distribuidor. O propósito não deve ser transformar a rede de distribuição em mercado



cativo do fornecedor, mas, sim, de estimulá-la a atingir a programação de vendas elaborada por este. Não se pode nunca perder de vista que o fornecimento de produtos ao distribuidor é operação que se predestina à subsequente oferta e venda ao consumidor final. Assim, as dificuldades objetivas encontradas pelo distribuidor, para dar escoamento aos produtos, afiguram-se como justificativa válida para o descumprimento das quotas estabelecidas unilateralmente ou mesmo negociadas pelas partes. Em qualquer caso, a situação deve ser analisada à luz dos esforços envidados pelo distribuidor para vender os produtos e das circunstâncias objetivas de mercado. Nesse sentido, portanto, podemos afirmar que existe aí, prevalentemente, uma obrigação de meios,<sup>309</sup> não se podendo admitir que, às custas de sua saúde financeira, o distribuidor tenha que arcar com a formação de um estoque de produtos que não consegue repassar ao mercado consumidor.

A Lei nº 6.729/79 oferece-nos um bom exemplo de sistemática de atribuição de quotas de aquisição aos distribuidores. Contempla, em seu art. 7º, a fixação de quotas de compra de veículos automotores novos, de acordo com o seguinte procedimento: o concedente estimará sua produção para o período anual subsequente, considerando a expectativa de mercado para os produtos da marca; a partir dessa estimativa, as quotas serão atribuídas a cada concessionário, “consoante a respectiva capacidade empresarial e desempenho de comercialização e conforme a capacidade de mercado de sua área demarcada” (inciso III); de acordo com esses mesmos critérios, e tendo ainda em vista a rotatividade dos estoques dos concessionários, as quotas serão revistas anualmente (§ 2º). No que tange a componentes,<sup>310</sup> além de integrar a concessão um índice de fidelidade na sua compra, pode a convenção de marca estabelecer percentuais de aquisição obrigatória pelos concessionários (art. 8º). Além disso, segundo o art. 10 do mesmo diploma, o concedente poderá exigir do concessionário a manutenção de estoque proporcional à rotatividade dos produtos novos e adequado à natureza dos clientes do estabelecimento, observados os limites percentuais fixados em seu § 1º.

Ainda em tema de aprovisionamento do distribuidor, duas questões chamam a atenção do estudioso, uma, a da exigência de exclusividade, outra, a das vendas

<sup>309</sup> Ferrier, *Droit de la distribution*, p. 305. Para Alain Sayag, *Le contrat-cadre ...*, p. 487, a fixação de uma quota obriga o distribuidor a fazer de boa-fé ofertas de aquisição do número mínimo de produtos estabelecido no contrato. Também para Franceschelli, *Dal vecchio ...*, p. 435, a obrigação de compra está condicionada à possibilidade de absorção do mercado. Entre nós, é a opinião esposada por Rubens Requião, *Do representante comercial*, p. 219, ao discorrer sobre a cláusula de produção e de quota mínima nos contratos de agência: “A interpretação e aplicação do preceito, expresso na cláusula, devem, todavia, revestir-se de certas cautelas. Sustentamos que o não-atingimento da quota pré-determinada justifica a rescisão do contrato de representação comercial, apenas quando resultar de evidente desídia ou inabilidade funcional do representante comercial. A conjuntura econômica difícil, a restrição ou recessão do mercado, os preços elevados de cotação dos produtos do representado que os colocam fora da competição em face da concorrência constituem fatos que isentam o representante de culpa contratual.

A cláusula não pode, pois, ser aplicada de forma absoluta. É necessário indagar-se das causas do insucesso do representante comercial, ao não atingir as metas fixadas na cláusula. Ela somente terá efeito se o representante comercial, atuando num mercado normal e competitivo, não atingir os tetos pré-determinados de produção”

<sup>310</sup> A Lei nº 6.279/79, em seu art. 2º, V, define “componente” como “a peça ou conjunto integrante do veículo automotor ou implemento de série”.

“casadas” (*tying arrangements*), isto é, imposição ao distribuidor de adquirir todo um leque de produtos e/ou serviços do fornecedor e/ou de terceiros indicados ou aprovados por este. Da primeira, trataremos adiante, restringindo-nos, por ora, ao exame da segunda.

O problema que se coloca consiste em saber se o fornecedor pode impor ao distribuidor a aquisição de todos os produtos de sua linha, aí incluídos os componentes e acessórios destes ou se, pelo contrário, essa exigência caracterizaria ofensa a normas de ordem pública.<sup>311</sup> Certo que, nos casos de distribuição não-integrada, tal prática revela-se injustificável, de sorte que pode ser qualificada como uma violação *per se*. Diversamente, quando estamos em presença de uma distribuição integrada, sob a forma de concessão ou de franquia, a obrigatória aquisição de “pacotes” de bens, serviços deve ser submetida a uma análise mais ponderada, considerando fatores tais como o grau de integração existente entre as partes, com maior ou menor identificação entre o distribuidor e uma determinada marca, a sofisticação técnica dos produtos, a reputação da marca dos produtos, dentre outros. Assim, num contrato de concessão comercial, revela-se lícita a imposição ao concessionário da compra de toda a linha de produtos do concedente, cujo legítimo interesse é de, por meio de seus canais de distribuição, divulgar e colocar no mercado todos os produtos que fabrica.<sup>312</sup> Isso, porém, não significa que aos concessionários possa ser transferido o ônus dos produtos “encalhados”, que não encontraram mercado. Nunca é demais insistir que, numa relação sadia, deverá haver uma intensa colaboração entre as partes, cabendo aos concessionários funcionar como uma espécie de termômetro da receptividade dos produtos junto ao consumidor, e ao concedente, a partir das informações prestadas pelos concessionários, operar as modificações necessárias nos produtos, nas estratégias de sua promoção, ou ainda ajustar o volume produzido à demanda real do mercado. Inadmissível que, fazendo *tabula rasa* dos sinais que lhe são transmitidos pelos distribuidores e pelo mercado de uma forma geral, o concedente insista em impor à sua rede produtos de baixa aceitação, por meio da venda casada com outros mais procurados.

Já a venda vinculada de componentes ou de acessórios dos produtos objeto da concessão deve ser encarada com muito maior cautela. Aqui, salvo disposição de lei em contrário,<sup>313</sup> apenas é de se admitir a exigência de aquisição desses bens, se houver

<sup>311</sup> No caso, tem-se em mente o comportamento descrito no inciso XXIII, art. 21, da Lei nº 8.884/94 “subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem”.

<sup>312</sup> Por sinal, dispõe o art. 3º, § 2º, “a”, da Lei nº 6.729/79, que os produtos lançados pelo concedente, “se forem da mesma classe daqueles compreendidos na concessão, ficarão nesta incluídos automaticamente”.

<sup>313</sup> Eis o que preceitua a Lei nº 6.729/79: “Art. 8º Integra a concessão o índice de fidelidade de compra de componentes de veículos automotores que dela faz parte, podendo a convenção de marca estabelecer percentuais de aquisição obrigatória pelos concessionários.

Parágrafo único Não estão sujeitas ao índice de fidelidade de compra ao concedente as aquisições que o concessionário fizer

a) de acessórios para veículos automotores;

razões de ordem objetiva para tanto, principalmente, de ordem técnica, a não recomendar a utilização de outra marca. É a hipótese, por exemplo, de produtos concorrentes não alcançarem as especificações necessárias ao funcionamento adequado, eficaz e seguro dos produtos em relação aos quais se agregam.

Quanto à franquia, na modalidade *format business franchise*, o alto grau de integração do franqueado à rede tolera exigências mais rigorosas no tocante à fonte de provisionamento de todos, quase todos, ou, pelo menos, dos principais produtos e serviços relacionados à atividade comercial do franqueado. Realmente, tendo em vista que é próprio da franquia a reprodução da imagem do franqueado, fazendo-se uso de um título de estabelecimento comum a toda a rede, das suas marcas de produtos e serviços, observando-se padronizações quanto ao *lay-out* do estabelecimento, técnicas de operação etc, é natural e aceitável que o franqueador pretenda exercer um controle muito mais rígido sobre os produtos e matérias-primas utilizados pelo franqueado.<sup>314 315</sup>

---

b) de implementos de qualquer natureza e máquinas agrícolas”.

<sup>314</sup> A Lei nº 8.955/94 estabelece que, da Circular de Oferta de Franquia, devem constar “informações claras e detalhadas quanto à obrigação do franqueado de adquirir quaisquer bens, serviços ou insumos necessários à implantação, operação ou administração de sua franquia, apenas de fornecedores indicados e aprovados pelo franqueador, oferecendo ao franqueado relação completa desses fornecedores”.

<sup>315</sup> Para Nuno T P Carvalho, Os contratos de franquia .., p. 38, nas franquias de distribuição, a marca subordina a aquisição dos produtos a serem distribuídos, ao passo que, nas franquias de gerenciamento de negócios, o controle da qualidade é razão ponderável para impor o provisionamento, se não houver outra forma de controle, com base em parâmetros objetivos, dos produtos a serem utilizados pelo franqueado

### 3.4. OBRIGAÇÃO DE FORNECIMENTO DOS PRODUTOS OBJETO DA DISTRIBUIÇÃO

Reverso da medalha do aprovisionamento é a obrigação, a cargo do fornecedor, de, na medida de suas possibilidades, dar atendimento à demanda dos distribuidores. Aqui, duas situações devem ser diferenciadas. Há uma obrigação concreta de dar, quando o fornecedor recebe o pedido e, expressa ou tacitamente, o aceita, comprometendo-se a fornecer, a tempo e modo, os produtos solicitados. Neste caso, observadas as condições de pagamento vigentes, o distribuidor tem direito a receber uma determinada quantidade de produtos. Descumprida a obrigação a cargo do fornecedor, seguem as consequências próprias à mora e ao inadimplemento, com possibilidade de se postular em Juízo a entrega dos produtos, acrescida de eventual indenização pelos prejuízos decorrentes do atraso, ou, alternativamente, de se requerer a resolução do contrato, também eventualmente cumulada com indenização por perdas e danos.

Mais complexa é a hipótese em que o fornecedor não aceita os pedidos formulados pelo distribuidor ou os aceita apenas parcialmente. Isso pode decorrer do deliberado propósito de sonegar produtos a um ou a alguns distribuidores, numa espécie de denúncia branca da relação contratual (pela “sufocação” do distribuidor, criação de um ambiente adverso) ou de uma impossibilidade conjuntural ou estrutural do fornecedor para fazer frente à demanda da rede. No primeiro caso, provado, diretamente ou por indícios, o propósito do fornecedor, caracteriza-se a quebra do contrato, com todas as consequências jurídicas daí resultantes.<sup>316</sup> Caberá ao distribuidor, então, requerer ou a resolução do contrato, ou obter ordem judicial compelindo o fornecedor a normalizar o fornecimento, para o quê poderão ser considerados os níveis históricos de distribuição, a sazonalidade na venda de certos produtos, as perspectivas concretas de evolução na demanda do mercado para a região, ou, em lugar disso tudo, as próprias quotas estipuladas pelo fornecedor.<sup>317</sup>

Já se o problema reside na impossibilidade, total ou parcial, do fornecedor em dar atendimento aos pedidos, as consequências serão diversas, a depender das causas dessa impossibilidade. Se forem imputáveis ao fornecedor, deverá este responder pelos danos causados aos distribuidores, responsabilidade que é tanto maior, quanto maior o grau de integração destes à rede e os estímulos ou pressões que lhe tenham sido aplicados para ampliar o mercado do produto. Se originarem-se de caso fortuito ou de força maior, tais como algum acidente da natureza (uma inundação, um terremoto) ou

<sup>316</sup> “Ed è proprio l’obbligo di buona fede *in executivis* che risulterebbe violato da um rifiuto ingiustificato del concedente di rifornire l’intermediario” (Pardolesi, op. cit., p. 233).

<sup>317</sup> Eis o que preceitua a Lei nº 6 729/79: “Art. 9º Os pedidos do concessionário e os fornecimentos do concedente deverão corresponder à quota de veículos automotores e enquadrar-se no índice de fidelidade dos componentes” Indiscutível, aqui, o caráter dúplice da cláusula, a instituir uma obrigação de compra, para o concessionário e de fornecimento, para o concedente.

mesmo um imprevisível e abrupto aumento da demanda no mercado, o fornecedor isenta-se de responsabilidade, mas, na medida de suas forças, deverá continuar atendendo a todos os distribuidores que lhe fizerem pedidos, na proporção da demanda histórica de cada qual. O que não se tolera é que o fornecedor opere discriminações entre os distribuidores, satisfazendo a demanda de alguns e abandonando outros à própria sorte.

Por outro lado, as condições relativas ao fornecimento também devem ser isonômicas. Não é admissível que o fornecedor proceda a discriminações arbitrárias entre os integrantes de sua rede, buscando expulsar dela alguns de seus distribuidores. No tocante ao crédito, por exemplo, deve fixar condições objetivas para a sua concessão, tais como, dentre outras, a exigência de garantias, o rigoroso cumprimento das obrigações contratuais a cargo do distribuidor ( em especial, o pagamento em dia de seus débitos).<sup>318</sup>

Assinale-se, por fim, que o peso dessas obrigações e dos deveres instrumentais decorrentes da boa-fé objetiva que as salvaguardam aumenta na direta proporção do grau de controle exercido pelo fornecedor e da conseqüente integração do distribuidor à rede. Nesse sentido, situação que está a exigir o maior rigor no cumprimento dessas obrigações é aquela em que, por meio de cláusulas de exclusividade de aprovisionamento, o distribuidor é isolado de outros fornecedores.

---

<sup>318</sup> Na concessão de veículos automotores é vedada “a diferenciação de tratamento entre concedente e concessionário quanto a encargos financeiros e quanto a prazo de obrigações que se possam equiparar” (art. 16, III, da Lei nº 6.279/79)

### 3.5. OBRIGAÇÃO DE OBSERVÂNCIA DE PADRÕES ESTABELECIDOS PELO FABRICANTE

Especialmente nos contratos de concessão e franquia, há um interesse cada vez maior do concedente e do franqueador em estabelecer parâmetros de apresentação e operação do negócio do distribuidor, bem como os instrumentos necessários ao controle da observância desses parâmetros. Nesse sentido, é normal que o distribuidor receba orientações precisas sobre: localização e aspecto de seu estabelecimento comercial; horário de funcionamento do estabelecimento; qualificação técnica de seus empregados;<sup>319</sup> equipamentos que deverá possuir; procedimentos técnicos, administrativos, contábeis e financeiros que deverá adotar.<sup>320</sup> Essas orientações são-lhe repassadas por meio de material escrito e de treinamentos dos quais pode estar obrigado, pessoalmente ou por meio de seus prepostos, a participar.

Tais exigências não se esgotam na fase de instalação do negócio do distribuidor. Perduram e são modificadas durante todo o período da relação contratual. O distribuidor obriga-se a manter e atualizar seu estabelecimento e sua organização empresarial, de acordo com as instruções que lhe são transmitidas pelo fabricante.

De forma a garantir a observância desses parâmetros, o fabricante reserva-se ao direito de inspecionar o estabelecimento do distribuidor,<sup>321</sup> apontando falhas na sua organização e determinando as correções necessárias, sob pena de aplicar penalidades previstas no contrato e de, eventualmente, optar pela sua resolução.

Certo que o acúmulo de cláusulas de padronização e fiscalização pode reduzir a um mínimo a autonomia do distribuidor na gestão de seus negócios,<sup>322</sup> produzindo uma situação próxima à da subordinação jurídica. Realmente, uma intervenção excessiva poderá, na prática, transformar o distribuidor num gerente do próprio estabelecimento. Ainda assim, ressalvadas situações patológicas, a que já fizemos referência supra, não se sustenta a identificação do distribuidor com a de um trabalhador subordinado.

---

<sup>319</sup> Não sendo de se excluir que, no tocante a certas funções, especialmente em nível de gerência, o principal arrogue-se a prerrogativa de chancelar a escolha dos empregados ou, quiçá, dele mesmo os escolher.

<sup>320</sup> A Lei nº 6.729/79 dispõe, em seu art. 20, que o contrato de concessão comercial de veículos automotores especificará “as condições relativas a requisitos financeiros, organização administrativa e contábil, capacidade técnica, instalações, equipamentos e mão-de-obra especializada do concessionário”

<sup>321</sup> Na agência, também existem mecanismos de controle sobre a atividade do agente, mais voltados, porém, à sua atividade pessoal do que à sua organização empresarial. Assim, o representante deve fornecer ao representado “informações detalhadas sobre o andamento dos negócios a seu cargo” (art. 28 da Lei nº 4.886/65), o que pode envolver, por exemplo, relatórios sobre os clientes ou potenciais clientes visitados durante um certo período

<sup>322</sup> Justamente por essa razão o inciso I, art. 16, da Lei nº 6.729, veda a “prática de atos pelos quais o concedente vincule o concessionário a condições de subordinação econômica, jurídica ou administrativa ou estabeleça interferência na gestão de seus negócios”. Porém, consideradas as demais obrigações estipuladas no mesmo diploma, bem assim a própria integração econômica, o dispositivo em questão está mais para mera retórica legislativa.

Tudo isso traduz o propósito do principal de exercer um controle, o mais completo possível, sobre a fase de distribuição de seus produtos, modelando a organização empresarial do distribuidor, de acordo com sua política comercial. De sua parte, o distribuidor tem interesse em ser identificado com o principal, especialmente quando este é detentor de uma marca já bastante difundida no mercado. O distribuidor também é beneficiado com a transferência de experiência e conhecimentos administrativos, técnicos e comerciais, os quais teria maior dificuldade em adquirir por conta própria. Em contrapartida, deverá assumir os custos de implantação correspondentes, que podem ser bastante superiores aos de instalação e operação de um estabelecimento comercial autônomo. Além disso, em alguns casos, notoriamente nos contratos de franquia, poderá ter que pagar pela transferência desses conhecimentos.

Enfim, essa padronização material e de métodos operacionais e de *marketing* é importante para a caracterização da rede distributiva, dando-lhe uniformidade e identidade perante o público consumidor.

Sob a ótica do Direito Econômico, as obrigações em apreço têm sido consideradas necessárias à formação e consolidação da rede, e, nessa medida, válidas.<sup>323 324</sup> Justifica-se a imposição de uma certa uniformidade de conduta entre os distribuidores do mesmo produto e, em conseqüência, a possibilidade de o fabricante deter e exercitar instrumentos de controle e de sanção sobre os membros da rede, sem que isso venha a caracterizar prática que, em outras circunstâncias, poderia ser subsumível ao disposto no inciso II, art. 21, da Lei nº 8.884/94.<sup>325</sup>

<sup>323</sup> No julgamento do *affaire Pronuptia*, a Corte de Justiça da Comunidade Européia houve por lícitas as cláusulas que salvaguardam a identidade e a reputação da rede: obrigação de utilizar os métodos e o *savoir-faire* transmitido, obrigação referente à venda das mercadorias em estabelecimento físico aprovado pelo franqueador, subordinação de qualquer publicidade atinente à mercadoria ao prévio assentimento do franqueador

<sup>324</sup> Nos EUA, quanto às chamadas restrições internas, consubstanciadas em diversas cláusulas que possibilitam o controle do franqueador sobre a atividade do franqueado -- cláusulas que, por exemplo, dispõem a respeito do direito de fiscalização que detém o franqueador sobre os aspectos físicos, comerciais, contábeis e financeiros do estabelecimento franqueado -- houve, desde logo, compreensão de sua necessidade para o adequado funcionamento do negócio, garantindo a imagem e a reputação da rede. Tais restrições seriam conaturais ao *franchising* e, por conseguinte, admissíveis, desde que não acabem por caracterizar a heterodireção do negócio do franqueado (Beretta, Tutela . . ., p 216). Assim, em regra, não foram questionadas sob a perspectiva da legislação *antitrust*, conquanto, sob outra ótica, pudessem até acarretar a responsabilidade solidária do franqueador perante terceiros, em função da direção de fato por ele exercida (ibidem, p. 220).

<sup>325</sup> O qual qualifica como infração da ordem econômica “obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes”.

### 3.6. A DETERMINAÇÃO DO PREÇO DO PRODUTO

Como vimos, à diferença do que normalmente ocorre em um contrato de execução continuada de fornecimento de bens e serviços, onde são fixadas de antemão as quantidades e os respectivos preços, os contratos de distribuição, especialmente os de concessão comercial, são celebrados, regra geral, sem determinação inicial de quantidades (ressalvada a cláusula de quotas, da qual já falamos) e de preços. E, quanto ao tipo de produto a ser distribuído, é normal que sejam alcançados pela concessão todos aqueles que integram a linha de produção do fabricante, a presente e a futura.<sup>326</sup> Neste passo, nossa atenção será voltada para o problema da fixação dos preços.

Como atesta recente publicação do Centre de Recherche sur le Droit des Affaires, dedicada aos contratos-quadro de distribuição,<sup>327</sup> o problema da indeterminação do preço é o que tem despertado a maior atenção da doutrina e jurisprudência na Europa, com maior destaque, como já vimos, para a França. Naquele país, há vasto acervo jurisprudencial acerca da matéria. A Cassação, a partir da década de setenta, passou a anular contratos de distribuição, por falta de determinação do preço, fundamentada no art. 1.591 do Código Civil.<sup>328</sup> A esse posicionamento a doutrina opôs a distinção contrato-quadro/contrato de aplicação, sendo que, do primeiro, salvo se tornasse obrigatória a conclusão de ulteriores contratos de aplicação, não precisariam constar preços para os produtos, que seriam determinados no momento em que firmados os contratos de aplicação.<sup>329</sup> Todavia, a Cassação continuou a anular contratos, agregando novo argumento: também haveria ofensa ao disposto no art. 1.129 do Código Civil, pelo estabelecimento de cláusula potestativa em favor do fornecedor.<sup>330</sup> Mais recentemente, porém, modificou-se a posição daquela Corte: a jurisprudência atual da Cassação vem favorecendo a utilização de tabelas de preço aplicáveis à toda rede,<sup>331</sup> e declarando inexistir arbítrio do fornecedor, se este não abusa de suas prerrogativas ou se o critério utilizado na determinação do preço não está de todo sob seu controle.<sup>332</sup> Assim, decisão de 30.06.92 reconhece a validade do preço de catálogo.<sup>333</sup> Na mesma linha, decisão de 29.11.94, segundo a qual a referência ao preço de tabela do fornecedor seria suficiente para validar o contrato-quadro, tornando determinável o preço, ressalvada a hipótese de

<sup>326</sup> A Lei nº 6.729/79, no § 2º de seu art. 3º, dispõe que os produtos lançados pelo concedente, “se forem da mesma classe daqueles compreendidos na concessão, ficarão nesta incluídos automaticamente”

<sup>327</sup> Le contrat-cadre 2- la distribution, Paris, Litec, 1995.

<sup>328</sup> “Le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties”. V., a propósito, além de outros já citados, Ghestin, *Traité de Droit Civil: la formation du contrat*, p. 246; Ferrier, *Droit de la distribution*, p. 231.

<sup>329</sup> Conforme relata Ferrier, *op. cit.*, p. 232. Há autores que aprovaram o rigor jurisprudencial, caso de Virassamy, *Les contrats*, p. 74, que criticou a artificialidade da distinção, já que, de qualquer forma, o contrato-quadro obrigaria a conclusão de contratos ilegais, em razão do que continuaria sendo anulável.

<sup>330</sup> Alain Sayag, *op. cit.*, p. 442; Ferrier, *op. cit.*, p. 233.

<sup>331</sup> Inicialmente, mesmo a referência a tabelas de aplicação geral aos membros da rede não escapava à censura jurisprudencial, segundo Ferrier, *op. cit.*, p. 238.

<sup>332</sup> Ferrier, *op. cit.*, p. 239.

<sup>333</sup> Referida por Amiel-Cosme, *Les réseaux* ..., p. 245.



abuso na majoração dos preços de tabela, para obtenção de ganhos ilegítimos.<sup>334</sup> Em síntese, a posição que hoje parece firmar-se, com aplauso da doutrina, é no sentido de que os preços não precisam constar do contrato-quadro, que pode remeter-se à tabela do fornecedor vigente no momento em que se concluir o contrato de aplicação, ressalvada a possibilidade de controle jurisprudencial sobre os abusos praticados pelo fornecedor.

Em outros países europeus, um menor rigor na exigência de determinação inicial do preço possibilitou a aceitação mais tranqüila dos contratos-quadro de distribuição, sem as oscilações jurisprudenciais observadas na França.<sup>335</sup>

No Brasil, o tema não parece ter despertado, até agora, em matéria de contratos de distribuição, maior preocupação doutrinária. Tampouco tem sido objeto de discussões perante os Tribunais, de sorte que não há jurisprudência acerca da matéria. Examinando-se a legislação, verifica-se que o art. 1.125 do Código Civil comina a nulidade para os contratos de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a taxaço do preço, norma que se mostra inaplicável ao caso, quando se opera a distinção entre o contrato-quadro e os contratos de aplicação. Por sua vez, o Código Comercial, em seu art. 193, preceitua que, quando se faz entrega da coisa vendida, sem que do instrumento do contrato conste preço, entende-se que as partes se sujeitaram ao que fosse corrente no dia e lugar da entrega, o que dá margem para aplicação de preços de tabela, passíveis de qualificação como os preços correntes da rede. Já a Lei nº 6.729/79, no § 2º de seu art. 13, estabelece caber ao concedente a fixação do preço de venda aos concessionários, agregando uma exigência de uniformidade no preço e nas condições de pagamento, de forma a evitar favorecimentos ou perseguições a um ou alguns concessionários.

Do exposto, já se percebe que o problema fundamental não é de indeterminabilidade do preço no contrato-quadro, mas o da indiscutível supremacia do fornecedor em determinar os preços que serão adotados nos contratos de aplicação. A questão que se coloca, portanto, é a dos limites a essa supremacia. Nessa perspectiva, a extensa discussão travada em outros países aponta para a necessária uniformidade dos preços praticados pelo fornecedor, em relação aos integrantes da rede de distribuição, a qual se concretiza na aplicação de preços de tabela e de condições padronizadas de

<sup>334</sup> Decisão referida por Amiel-Cosme, op. cit., p. 265; Christophe Jamin, L'évolution du Droit français de la concession commerciale, in Les contrats de distribution commerciale en Droit belge et en Droit français, Bernard Pinchart e Jean-Paul Triaille (coord.), p. 229; e Alain Sayag, op. cit., p. 426.

<sup>335</sup> Na Bélgica, segundo Nicolas Thirion e Anne Benoit-Moury, Les concessions de vente en Droit belge, in Les contrats de distribution commerciale en Droit belge et en Droit français, p. 175, admite-se que a determinação do preço só ocorra no contrato de aplicação. Nesse sentido, os autores se referem a decisão da Corte de Apelo de Bruxelas, de 07 09 92. Na Itália, também há maior tolerância com a indeterminação do preço, vez que o art. 1.474 do Código Civil italiano dispõe que, sendo omissa o contrato acerca do preço, adota-se, subsidiariamente, aquele praticado usualmente pelo fornecedor, o que, na prática, implica a prevalência do preço de tabela deste. Na Inglaterra, admite-se o *open price*, facultando-se às partes a determinação ulterior do preço (Hugh Beale, Le Droit anglais de la distribution le contrat-

pagamento. Evita-se, assim, que o fornecedor asfixie um de seus distribuidores, mediante a prática de preços diferenciados, que tornem inviável a revenda no mercado, fazendo-o perder terreno para outros distribuidores. Por essa razão, entendemos que o § 2º, art. 13, da Lei nº 6.729/79, traz norma extensível, por analogia, à generalidade dos contratos de distribuição.

Patente, pois, mais uma vez, a relevância jurídica do enfoque multilateral dos contratos de distribuição, ou, noutras palavras, da rede de distribuição, cuja existência impede, por parte do fornecedor, tratamentos discriminatórios aos seus integrantes.<sup>336</sup>

Resta dizer que, sob o ponto de vista do Direito Econômico, idêntica conclusão se impõe. Nesse sentido, o inciso XII, art. 20 da Lei nº 8.884/94, contempla, como infração à ordem econômica, "discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços". Também poderá incorrer em infração à ordem econômica, agora com base no inciso XXIV do mesmo dispositivo legal, o fabricante que valer-se de sua posição proeminente relativamente aos distribuidores para impor-lhes preços excessivos.

---

cadre ignoré?, in *Le contrat-cadre: 2- la distribution*, p. 185), e aceitando-se a remissão a preço de tabela (ibidem, p. 186)

<sup>336</sup> A nosso juízo, mesmo as diferenças de preços baseadas no volume das compras, normais no comércio em geral, não são admissíveis, por possibilitarem uma discriminação entre os grandes e os pequenos concessionários, que poderá levar, ao cabo de algum tempo, à expulsão destes últimos da rede de distribuição

### 3.7. CLÁUSULAS QUE DISPÕEM SOBRE O PREÇO DE REVENDA

Para além da aplicação de um preço de venda uniforme aos distribuidores, coloca-se o problema da imposição, pelo principal, do preço de revenda a ser praticado pelos distribuidores. Com isso, estaria completa, no essencial, a tarefa de uniformização da rede, concentrando-se a concorrência entre os distribuidores em outros aspectos pré, durante e pós-venda, notadamente na excelência de seus serviços ao consumidor, garantidos por um preço suficiente para custeá-los,<sup>337</sup> serviços que, inversamente, poderiam ser prejudicados pela prática de preços predatórios, em prejuízo da reputação da marca.

Porém, examinadas as coisas de outro ângulo, isso poderia levar a um controle da própria margem de lucro dos distribuidores, pela combinação da fixação do preço de venda a eles, do preço de revenda que podem praticar e da determinação, ao menos parcial, das despesas que devem realizar para manter a distribuição segundo os parâmetros de qualidade estabelecidos no contrato.

Ainda assim, o estabelecimento de preços de revenda, pelo fabricante, pode ser justificado, tanto sob a ótica da relação bilateral fabricante-distribuidor, como à luz da idéia de rede de distribuição. O mesmo não se pode dizer sob o ponto de vista do Direito Econômico, que considera outros interesses, não contemplados pela obrigação em exame.

Nesse sentido, a uniformização, imposta ou sugerida, dos preços de revenda tem sido um dos principais pontos questionados nos contratos de distribuição, pelos órgãos de proteção à concorrência. Em nível comunitário, tanto o Tribunal como a Comissão adotaram um posicionamento hostil às cláusulas de fixação de preços de revenda, em contratos de distribuição. Assim, no já tantas vezes citado *affaire Pronuptia*, a Corte

<sup>337</sup> “L'imposizione del prezzo di rivendita costituisce appunto la contromisura, di fonte industriale, al deterioramento delle condizioni di distribuzione. La sua funzione 'primaria', quella di stabilizzare il prezzo finale, è puramente strumentale e può essere intesa appieno solo quando si abbia adeguato riguardo agli obiettivi di 'secondo grado' che essa persegue. Il passaggio è fondamentale; e merita di essere approfondito. Una volta eliminato il prezzo come 'parametro d'azione' commerciale, gli sforzi di vendita degli operatori del settore distributivo devono necessariamente orientarsi in altre direzioni: in particolare, verso il miglioramento della qualità delle prestazioni (dei servizi) offerti alla clientela. La *non-price competition* incide, quindi, sulla disponibilità del rivenditore a seguire politiche promozionali in senso lato. In pratica, lo orienta verso l'adozione delle tecniche che il produttore ritiene più adatte a favorire l'assorbimento della sua offerta. D'altra parte, l'imposizione del prezzo di rivendita s'incarica di garantire al commerciante quei più ampi margini di profitto che si assumono necessari per finanziare le maggiori prestazioni offerte alla clientela ( ) Come dire, insomma, che il sistema del prezzo imposto serve ad assicurare la contropartita necessaria ad indurre il commerciante ad accettare l'integrazione verticale” (Pardolesi, op. cit., p. 54) Mais adiante, conclui: “Uma coisa deve infatti darsi per certa: che il produttore non ricorre al prezzo imposto per il solo scopo di privilegiare gli operatori del settore distributivo. A suo volta, egli tenta di ottenere qualcosa, vale a dire ‘um maggior impegno del rivenditore nel fornire informazioni, servizi promozionali etc’; e ciò perché, e nella misura in cui, tali attività concorrono ad accrescere (il volume delle sue vendite e, più in generale) l'efficienza distributiva” (p. 57) Sem embargo disso, tarefa heróica, ainda nas palavras desse autor, é conciliar a imposição do preço com a legislação que coíbe as práticas anticoncorrenciais.

identificou, dentre as cláusulas que, sobre não serem necessárias à proteção do *savoir-faire* e à preservação da identidade e da reputação da rede, restringem efetivamente a concorrência entre seus membros, as que impedem os franqueados de promover entre si uma concorrência de preços, ressalvada a possibilidade de o franqueador comunicar preços indicativos aos franqueados, e desde que isso não provoque uma prática concertada entre as partes, circunstância que deve ser verificada em cada caso concreto sujeito à apreciação de jurisdições nacionais.

Por sua vez, a Comissão, no exame de casos individuais que lhe foram submetidos, tais como *Pronuptia*, julgado em 17.12.86, Yves Rocher, decisão também datada de 17.12.86, Computerland, de 13.07.87, ServiceMaster, de 14.11.88, e Charles Jourdan, de 02.12.88, apontou, dentre as cláusulas contratuais que incorrem na proibição do art. 85, 1, do Tratado de Roma, as de fixação de preços de revenda, tolerando, porém, a cláusula indicativa de preços, se não gerar prática concertada entre os membros da rede. O mesmo órgão comunitário, ao editar o Regulamento CEE nº 4.087, de 30.11.88, concernente à aplicação do artigo 85, 3, do Tratado, às categorias de acordos de franquia, generalizou esse entendimento, ao elencar, dentre as restrições, que não se apresentam necessárias ao acordo de franquia e tampouco produzem as vantagens previstas no art. 85, 3, sendo, por isso, expressamente proibidas, a determinação dos preços a serem praticados pelo franqueado, ressalvada a sugestão de preços que não dê origem a práticas concertadas.

Na França, a *Ordonnance* nº 1243, de 01.12.86, proíbe a imposição aos distribuidores de preços mínimos de revenda. Mas o Conselho da Concorrência admite os preços sugeridos de revenda, à condição de que o distribuidor tenha real autonomia para fixar o preço a ser efetivamente praticado em sua loja.<sup>338</sup> Os Tribunais, no mesmo diapasão, admitem os preços aconselhados.<sup>339</sup>

Nos EUA, considera-se *per se violation* o estabelecimento quer de preços fixos de revenda, quer de preços mínimos, quer ainda de preços máximos, ressalvados apenas os preços recomendados, e desde que não gerem uma prática concertada entre os distribuidores.<sup>340</sup> Esse entendimento é questionado pela doutrina, que aponta os benefícios da fixação de um preço máximo, que garantiria uma certa uniformidade à rede

<sup>338</sup> Huet, op cit, p p 52.

<sup>339</sup> Thierry Granier, Prix imposés, prix conseillés. le contrat de franchisage à l'épreuve du Droit de la Concurrence, Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique, a. 44, n. 3, p. 357-374, jul /set. 1991, p 370.

<sup>340</sup> V Juan Ignacio Ruiz Peris, El contrato de franquicia ..., p. 49. Matteo Beretta, Tutela ..., p 275, informa que o precedente é decisão da Suprema Corte, datado de 1911, no caso *Dr Miles Medical Co v J D Park & Sons Co*, que tomou posição pela ilegalidade *per se*. Todavia, aduz o mesmo autor (p 277), sem prejuízo daquele precedente, que continuou sendo aplicado, a mesma Corte, estranhamente, reconheceu a validade da terminação do contrato provocada pela inobservância do preço sugerido. Nesse sentido, *United States v. Colgate e Co*. Ou seja, a forma máxima de coação do franqueado, se não acompanhada de prova de um acordo de preços ou de uma prática concertada, não foi considerada suficiente para caracterizar a existência de preço de revenda vinculado. Sobre essas decisões, v, também, Paula Forgioni, Os fundamentos do antitruste, p. 350.

sem trazer prejuízos para o consumidor.<sup>341</sup> Há ainda quem vislumbre, com base em algumas decisões mais recentes, a possibilidade de uma certa flexibilização na matéria.<sup>342 343</sup>

Desse breve e incompleto apanhado, conclui-se haver uma tendência generalizada à rejeição dos preços fixados pelo fabricante e ao estabelecimento por este de limites máximos ou mínimos de preços, tolerando-se apenas a sugestão de preços, e isso desde que ela não venha a encobrir práticas concertadas ou formas veladas de tornar obrigatória a sua observância.<sup>344</sup>

Volvendo a atenção ao plano interno, verifica-se que a Lei nº 8.884/94, no inciso XI de seu art. 20, é expressa ao tipificar, como infração à ordem econômica, o “impor, no comércio de bens ou serviços, a **distribuidores**, varejistas e representantes, **preços de revenda**, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros”. A estipulação de um preço fixo de revenda, a ser praticado pelos distribuidores, incorre claramente na proibição legal, e, por tudo o que já foi exposto, pode ser qualificada como uma violação *per se*. Quanto à fixação de preços máximos ou mínimos, esta também, a nosso juízo, é alcançada pela norma em apreço, que, ao coibir a imposição de margens de lucro e de outras condições de comercialização, compreende estas situações.<sup>345</sup>

<sup>341</sup> Referida por Beretta, op. cit., p. 272.

<sup>342</sup> Beretta, op. cit., p. 279. De qualquer maneira, este autor reconhece que o desfavor da disciplina dos preços de revenda pelo principal é comum a praticamente todos os países em que a matéria é regulada por diplomas legais. Nesse sentido, em notas de rodapé (notas 91 e seguintes, a partir da p. 275), cita diplomas da França, Alemanha, Reino Unido e Canadá.

<sup>343</sup> Nos EUA, a Suprema Corte, em decisão de novembro de 1997 (*State Oil Co. v. Khan*), deslocou o problema da fixação dos preços máximos a serem praticados pelos distribuidores do campo da ilicitude *per se* para o domínio da regra da razão. Ao fazê-lo, superou entendimento anterior, adotado em *Albrecht v. Herald Co.*, que qualificara a fixação de preços máximos como ofensa *per se* ao § 1º do Sherman Act. A decisão é uma resposta às críticas doutrinárias endereçadas ao precedente anterior, bem como à própria jurisprudência das instâncias inferiores, que, conquanto vinculadas pelo princípio do *stare decisis*, não deixavam de externar insatisfação relativamente ao posicionamento adotado naquele julgado. Assim, após reavaliar as razões de ordem econômica que tinham levado à declaração da ilegalidade *per se*, a Corte conclui que “there is insufficient economic justification for *per se* invalidation of vertical maximum price fixing”. O exame da opinião da Corte, redigida pela Juíza O’Connor é também interessante pela revisão que faz dos julgados relativos às demais restrições verticais, apontando para uma tendência de flexibilização do posicionamento quanto a essas restrições. “Our analysis” diz o voto “is also guided by our general view that the primary purpose of the antitrust law is to protect interbrand competition.” Pelo exame desse julgado, resta claro que, no âmbito da ilegalidade *per se* restam poucas cláusulas de acordos verticais de distribuição, como a de fixação de preços mínimos.

<sup>344</sup> Exceção à regra respeita à distribuição de periódicos pelo sistema de consignação ao revendedor. Neste caso, admite-se como lícita a fixação dos preços de revenda pelo editor, para que seja viável a consignação, sistema que possibilita a oferta de uma gama maior de produtos no mercado. Assim já decidiram o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia e a Comissão da CEE (Peris, op. cit., p. 129). É o que também se dá, por exemplo, na Alemanha (Beretta, op. cit., p. 274).

<sup>345</sup> A imposição de margens de lucro, por exemplo, pode ser alcançada, ainda que de forma indireta e aproximativa, pelo controle dos limites, superior e/ou inferior, dos preços de revenda.

Resta por analisar, à luz do inciso II do art. 21 da Lei nº 8.884,<sup>346</sup> a viabilidade do preço meramente sugerido pelo fabricante. Aqui, partindo-se do pressuposto de que o preço seja realmente sugerido (isto é, inexistindo mecanismos velados para torná-lo obrigatório), o grande problema que se coloca diz respeito à indução de conduta uniforme entre os distribuidores. Oportuno, neste passo, referir alguns pronunciamentos recentes do CADE acerca do problema. Em processo que não envolvia redes de distribuição -- Processo Administrativo nº 62/92, julgado em 09.11.94, no qual se analisou a validade de tabela de preços referenciais publicada pela Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo -- aquele órgão,<sup>347</sup> por maioria, julgou que essa tabela, sem propiciar quaisquer benefícios aos usuários dos serviços, servia de referencial a uma conduta uniforme dos associados, restringindo a concorrência entre estes, e enquadrando-se por essa razão no ilícito capitulado no inciso XV, art. 3º, da Lei nº 8.158/91, depois reproduzido no inciso II, art. 21, da Lei nº 8.884/94.<sup>348</sup> Todavia, em outro caso, que envolvia estruturas verticais de distribuição, o CADE validou tabela de preços sugeridos por fabricante de sorvetes, justamente por entender que o fabricante, dada a estrutura do mercado daquele produto, não tinha meios para forçar sua utilização pelos varejistas, além do quê não estaria caracterizada uma tendência uniformizadora de preços entre os varejistas.<sup>349</sup> Estes pronunciamentos evidenciam que o CADE não

<sup>346</sup> Preceito que qualifica como infração “obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes”

<sup>347</sup> Hoje, autarquia.

<sup>348</sup> Esclareça-se que, no voto vencido da Relatora, Conselheira Neide Teresinha Malard, entendeu-se que, diante do sistema instituído pela Lei nº 8.158/91, a edição de tabela não poderia ser considerada ilicitude *per se*, cumprindo ainda demonstrar, o que não se fizera no decorrer do processo, caracterizar-se ela como conduta direcionada à limitação da concorrência, domínio de mercados ou aumento arbitrário de lucros (tudo em José Ignácio Gonzaga Franceschini, Introdução ao direito da concorrência, p. 253-255).

<sup>349</sup> No caso, a partir de denúncia oferecida pelo Sindicato das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo e pela Associação das Indústria de Panificação e Confeitaria de São Paulo contra as Indústrias Alimentícias Gerais S.A - IAG (Kibon), foi instaurado o processo administrativo nº 148/94. Vale transcrever as conclusões a que chegou o Relator, Conselheiro Leônidas R. Xausa: “24. O processo em questão contém todos os elementos que autorizam a afirmar que trata-se de *suggested retail price*, e não imposição, porque.

a) não existem condições estruturais para que a Representada exerça domínio de mercado, capazes de obrigar as revendedoras a seguir sua política (ou sugestões) de preços. Uma hipotética ameaça de retaliação por parte da Representada, caso o revendedor não acompanhasse a “sugestão”, poderia ser facilmente contornada pela comercialização de outras marcas, haja visto, como já foi salientado, o ambiente altamente competitivo prevalente neste segmento

b) não se verificou a existência de dispositivos contratuais ou acordos que obrigassem os distribuidores a exporem as tabelas de preços sugeridas ao consumidor. Como relatado, o próprio Sindicato da Indústria e Panificação e Confeitaria de São Paulo afirmou que os estabelecimentos varejistas não sofrem nenhuma retaliação por parte das indústrias caso aquelas optem em realizar políticas de preços autônomas.

c) O comportamento dos preços não tem seguido tendência uniformizante, mas ao contrário, apresenta significativa dispersão. Vale dizer, as flutuações de preços verificados nos dados fornecidos pela SUNAB - constantes nas folhas anexas a este voto - indicam, indubitavelmente, que o mercado é regido pelas livres forças da demanda e oferta de cada contexto específico.

25 O elevado grau de concorrência inter-marcas, somada às fracas barreiras à entrada, à pulverização da oferta, bem como por não se tratar de um produto essencial, tornam qualquer tentativa de imposição de preços mediante tabela, visando aferição de lucros extraordinários ou domínio de mercado, virtualmente impossível.

26 Destarte, o conceito de *suggested retail price* que se aplica precisamente ao caso em tela, - além das considerações retro expostas,- assume importantes características de ordem pedagógica para o mercado, mediante a informação aos consumidores sobre os preços justos, e livre o varejista para decidir sobre o valor de seus produtos

27 O preço sugerido tanto pode constar de informação na embalagem, ou fora dela, em local visível ou em forma de lista. Obviamente, para a plena e eficaz consecução do caráter pedagógico ao consumidor o termo preço sugerido ao consumidor, deve constar claramente no produto ou na tabela, que estabeleço como condição para a licitude da prática

28 Por todo o exposto e o que demais consta no processo, concluo que a conduta da Representada não acarreta prejuízo ou limitação à concorrência, julgando improcedente a Representação, para determinar o arquivamento do processo”

qualifica como ilicitude *per se* a sugestão de preços, procedendo, em cada caso, a um exame da estrutura do mercado, para, então, ajuizar da abusividade ou não desse proceder.

Podemos, a esta altura, alinhar algumas conclusões. O grau de integração dos distribuidores à rede é fator da maior importância a ser considerado no trato da matéria. Maior a integração, maior a tendência -- e mais freqüente a justificativa --<sup>350</sup> para a uniformização dos preços, quer por imposição, quer por sugestão do fabricante. Assim, nas cadeias de distribuição frouxas, como as que ligam fabricantes, atacadistas e varejistas, o propósito de alinhamento de preços é de mais difícil consecução, mas, se logra êxito, deve merecer um maior rigor por parte dos órgãos de controle de abusos de poder econômico, por se encontrar ao desabrigo de justificativas. À medida que os laços entre fabricantes e distribuidores, e entre estes, vão sendo fortalecidos, formando-se a rede de distribuição, aumenta a possibilidade de intervenção do fabricante sobre o nível de preços de revenda, ou mesmo de acordo entre os distribuidores com o objetivo de aproximar ou equiparar os preços de revenda, mas também impõe-se um juízo mais graduável sobre a validade desses procedimentos. Notadamente em contratos de franquia, em seu tipo mais completo (*format business franchise*), a uniformização dos preços se insere no objetivo geral de reproduzir, nos diversos estabelecimentos da rede, uma prática empresarial uniforme. Aí, a nosso ver, justifica-se até mesmo a imposição de preço de revenda. Por sinal, da parte do próprio consumidor há a expectativa de que o preço praticado pelos diversos estabelecimentos franqueados seja o mesmo. Decrescendo o grau de integração, a fixação do preço de revenda entra na esfera da ilicitude. Será ainda possível, todavia, a fixação de balizas de flutuação do preço? O preço mínimo revela-se justificável como uma forma de proteção da reputação da marca, podendo assim ser validado em alguns casos. Já o estabelecimento de um preço máximo de revenda poderia, à primeira vista, parecer benéfico ao consumidor. Dissemos “à primeira vista”, porque o exame do caso concreto pode evidenciar um alinhamento de preços em torno do preço máximo. Por fim, resta a hipótese de mera sugestão de preços, que, a depender da estrutura do mercado, poderá ou não levar a um alinhamento, sujeitando-se à análise casuística dos órgãos de controle. Na prática, advirta-se, pode revelar-se bastante difícil distinguir uma política concertada de preços -- típica conduta anticoncorrencial -- das proximidades de preços resultantes da própria integração, que acaba por gerar custos similares entre os diversos distribuidores.<sup>351</sup>

<sup>350</sup> Confirma-se, nesse sentido, Guyenot, Les conventions d'exclusivité de vente, *Revue de Droit Commercial*, a. XVI, p 513-537, 1963, p 524, autor que, partindo da compreensão do fenômeno distributivo, e valorizando sobremaneira o incremento da competição entre marcas, procura validar, de modo geral, as restrições verticais. Em particular, a seu sentir, a proibição do controle de preços pelo fabricante pode afetar o próprio mecanismo de distribuição, já que os preços de revenda seriam estabelecidos tendo em vista um nível ótimo de circulação de mercadorias

<sup>351</sup> Granier, Prix imposés, prix conseillés ..., p 372.

### 3.8. DELIMITAÇÃO DO TERRITÓRIO DO DISTRIBUIDOR

Nota característica das redes de distribuição é a organização espacial planejada, pelo principal, dos distribuidores, com o propósito de cobrir todo o território visado por aquele e de evitar entrechoques entre os próprios distribuidores, que poderiam decorrer de excessiva concentração destes em determinadas áreas. De fato, a divisão territorial dos pontos de distribuição pode ser uma condição para o funcionamento eficaz da rede, evitando uma concorrência desordenada entre os distribuidores, indesejável especialmente em relação a produtos de maior grau de tecnicidade, que exigem do distribuidor a concentração de esforços não apenas na venda, mas também na prestação de assistência técnica. Forma de se obter esse resultado é o estabelecimento da zona de atuação de cada distribuidor, matéria que normalmente é contemplada nos instrumentos contratuais, às vezes até por injunção legal.<sup>352</sup>

A delimitação territorial das áreas operacionais de distribuição, por si só, não garante exclusividade ao distribuidor, cláusula da qual trataremos no item subsequente, já que, para atuar num mesmo território, o fabricante pode eleger diversos distribuidores.<sup>353</sup> Mas lhe dá o direito de questionar a invasão ativa de seu território por distribuidores de outras áreas. Nessa hipótese, a delimitação espacial poderá ser oposta tanto aos invasores que integram a rede,<sup>354</sup> como ao próprio fabricante, caso este se omita de reprimir o ato, com os instrumentos contratuais de que dispõe. Não é oponível, contudo, a terceiros não integrantes da rede de distribuição, que não estão comprometidos com a observância de divisões territoriais, hipótese em que restará aos distribuidores prejudicados voltarem-se contra o principal, exigindo-lhe a reação contra o *free-rider*, seja pela recusa de venda,<sup>355</sup> seja pelo condicionamento desta à observância das áreas já demarcadas, seja pela sua integração à rede. A omissão do principal, aqui, também ensejará a sua responsabilização pelo distribuidor prejudicado, pois, se opta por racionalizar o processo distributivo, impondo diversos ônus e restrições aos distribuidores, cumpre-lhe garantir que os aderentes à organização distributiva não sejam prejudicados pelos “livres-corredores”.

A delimitação de áreas de distribuição impede que os distribuidores assumam posturas ativas de oferta de bens e serviços fora das áreas que lhes foram designadas,

<sup>352</sup> A Lei nº 4.886/65 preceitua que do contrato de agência deverá constar, obrigatoriamente, dentre outros elementos, a “indicação da zona ou zonas em que será exercida a representação” (art. 27, “d”). Por sua vez, a Lei nº 6 729/79 estabelece ser inerente ao contrato de concessão comercial de veículos automotores a “área operacional de responsabilidade do concessionário para o exercício de suas atividades” (art. 5º, I). A fixação de áreas demarcadas deverá ser feita pela convenção de marca (art. 19, V)

<sup>353</sup> Ao tempo em que estipula ser inerente à concessão o estabelecimento de uma área operacional, a Lei nº 6 729/79, no art 5º, § 1º, dispõe que a área poderá conter mais de um concessionário da mesma rede

<sup>354</sup> Como visto supra, teríamos aqui uma situação típica de oponibilidade e, quiçá, algo mais: a existência de uma obrigação plurilateral, conquanto contida num contrato que, essencialmente, é bilateral.



diretamente ou por meio de intermediários.<sup>356</sup> Daí não se segue que devam, ou melhor, que possam recusar-se a realizar operações com adquirentes domiciliados em outras áreas, pena de incorrerem nos tipos legais que punem a recusa de venda.<sup>357</sup> A Lei nº 6.279/79, aliás, ao tempo em que estabelece ser inerente ao contrato o estabelecimento de área operacional para o concessionário (art. 5º, I), dispõe que o consumidor, à sua livre escolha, poderá proceder à aquisição de bens e serviços em qualquer concessionário (art. 5º, § 3º),<sup>358</sup> faculdade, diga-se de passagem, que não poderá ser limitada, mediante a recusa de prestação de serviços obrigatórios de garantia, a cargo de todos os concessionários da rede, sem vinculação ao concessionário onde tenha sido adquirido o veículo (art. 5º, § 4º), pois a territorialização da garantia, assinala-se, acabaria por restringir a faculdade de escolha do consumidor.

Problema específico que se insere na questão da delimitação de áreas diz respeito à existência de uma proteção territorial mínima em favor do distribuidor, quando inexistente cláusula de exclusividade. Com essa idéia, se buscava evitar uma concorrência predatória e destrutiva entre os membros da rede de distribuição, garantindo-lhes uma perspectiva de rentabilidade. Nos EUA, algumas legislações estaduais outorgam essa proteção territorial mínima ao franqueado. À guisa de exemplo, mencionamos a seção 523H.6 da *Franchises Law* do Estado de Iowa, que traz disposições quanto ao chamado *encroachment*, isto é, a instalação de novo estabelecimento em situação de “*unreasonable proximity of an existing franchisee*”.<sup>359</sup> Já no Brasil, a Lei nº 6.279/79, ao invés de lançar mão de um conceito indeterminado, optou por delegar à convenção de marca, acordo a ser celebrado entre o fabricante de veículos e entidade representativa de sua rede de concessões, a fixação de distâncias mínimas entre os concessionários

<sup>355</sup> Sobre a licitude dessa recusa, remetemo-nos ao que será dito infra em tema de exclusividade territorial.

<sup>356</sup> Lei nº 6.279, art. 5º, part. 2º.

<sup>357</sup> Lei nº 8.137/90, art. 7º, VI.

<sup>358</sup> Vale a pena comparar as redações anterior e atual dos dispositivos pertinentes: “§ 2º Na eventualidade de venda de veículo automotor ou implementos novos a comprador domiciliado em outra área demarcada, o concessionário que a tiver efetuado destinará parte da margem de comercialização aos concessionários da área de domicílio do adquirente” (versão original), “§ 2º O concessionário obriga-se à comercialização de veículos automotores, implementos, componentes e máquinas agrícolas, de via terrestre, e à prestação de serviços inerentes aos mesmos, nas condições estabelecidas no contrato de concessão comercial sendo-lhe defesa a prática dessas atividades, **diretamente ou por intermédio de prepostos**, fora de sua área demarcada” (redação determinada pela Lei nº 8.132/90), “§ 3º Por deliberação do concedente e sua rede de distribuição, o concessionário poderá efetuar a venda de componentes novos fora de sua área demarcada” (texto original); “§ 3º O consumidor, à sua livre escolha, poderá proceder à aquisição de bens e serviços a que se refere esta Lei em qualquer concessionário” (redação determinada pela Lei nº 8.132/90). Assinala-se que, mesmo sob a égide da redação anterior do art. 5º da Lei nº 6.279, o Superior Tribunal de Justiça acabou por reconhecer a possibilidade dos concessionários realizarem negócios com consumidores domiciliados na área de outros concessionários. Bem verdade que, no julgamento do REsp nº 1166/89, a 4ª Turma, por maioria, em 09.04.91, Rel. Ministro Athos Carneiro, considerou devida a comissão ao concessionário prejudicado, mesmo que o concessionário autor da venda tenha sido procurado pelo cliente, não assumindo uma postura ativa. Todavia, a mesma 4ª Turma, em 27.06.94, ao julgar o REsp nº 37.822/93, Rel. Ministro Torreão Braz, entendeu, por unanimidade, que a norma do art. 5º, § 2º, da Lei nº 6.279/79 apenas tolhia a captação ativa de clientela fora da zona demarcada do concessionário, não alcançando a hipótese em que o próprio consumidor busca em outras áreas a melhor oferta. No mesmo sentido. REsp nº 59.382/95, 3ª Turma, un, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, j. 24.06.96.

<sup>359</sup> “Notwithstanding the terms, provisions or conditions of an agreement or franchise, if a franchisor seeks to establish a new outlet, company-owned store, or carry-out store within an unreasonable proximity of an existing franchisee, the existing franchisee, at the option of the franchisor, shall have either a right of first refusal with respect to the proposed new outlet, company-owned store, or carry-out store or a right to compensation for market share diverted by the new outlet”

(art. 5º, II, c/c art. 19, V), segundo critérios de potencial de mercado. Acresce que o concedente poderá contratar nova concessão, em área delimitada, apenas “se o mercado de veículos automotores novos da marca, na área delimitada, apresentar as condições justificadoras da contratação que tenham sido ajustadas entre o produtor e sua rede de distribuição” (art. 6º, I, c/c art. 19, VII), hipótese na qual o concessionário preexistente na referida área concorrerá com os demais interessados, em igualdade de condições (art. 6º, § 1º). Mas, mesmo à míngua de legislação expressa, uma certa proteção territorial pode decorrer do princípio da boa-fé contratual, na sua função integrativa. Com efeito, quanto mais investimentos são exigidos para a instalação do estabelecimento distribuidor e quanto mais mecanismos de controle existem sobre a atividade do distribuidor, tanto mais é de se exigir respeito às expectativas de lucratividade deste, que podem ser frustradas pela instalação de novos distribuidores em áreas demasiado próximas.<sup>360</sup> Se não se pode exigir do fabricante uma garantia de lucratividade, quando menos se pode esperar dele a omissão de atos que possam frustrar as legítimas expectativas do distribuidor nesse sentido.<sup>361</sup>

Outro reflexo da distribuição geográfica dos distribuidores, da organização da rede, e que, a nosso ver, independe de expressa previsão legal ou contratual, é a interdição ao fabricante de fazer vendas diretas nas áreas atribuídas aos distribuidores. Mais uma vez, é a boa-fé objetiva que impõe uma obrigação de não-fazer ao fabricante. Ao optar pela distribuição indireta, ao lançar mão de uma série de técnicas para racionalizar e disciplinar essa rede, ao exigir do distribuidor a observância de diversos limites, organizacionais, comerciais, técnicos, espaciais, ao desenvolvimento de sua atividade, o fabricante assume, salvo expressa previsão em contrário, a obrigação de não concorrer com ele, ou, se o fizer, de remunerá-lo pelos negócios que efetivou em seu território.<sup>362</sup> Tanto mais, se, atuando diretamente, o fabricante vem a canalizar em seu proveito a

<sup>360</sup> Nesse sentido, Echebarría Sáenz, *El contrato de franquicia*, p. 103: “La propia naturaleza del contrato es la que se halla en juego en la cuestión, la noción de integración en un sistema comercial supone la racionalización de los recursos integrados, aspecto del que se responsabiliza el franquiciador, que defraudaría su obligación no contemplando um aspecto básico como es el grado de concentración promocional. Si existe racionalización del esfuerzo promocional del distribuidor (cuotas de compra y venta mínimas), **necesariamente há de existir la correlativa racionalización del esfuerzo promocional em el ámbito espacial**, y aquí la única cuestión es determinar cuál es dicho mínimo insoslayable em el caso concreto” (destaque nosso).

<sup>361</sup> Para Christine Matray, *Le contrat de franchise en Droit belge*, in *Les contrats de distribution commerciale en Droit belge et en Droit français*, p. 100, a obrigação de colaboração leal entre as partes está a impedir que o franqueador conceda a terceiros direitos que possam comprometer a prosperidade do franqueado. Segundo notícia Virassamy, *Les relations entre professionnels em Droit français*, in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Jacques Ghestin e Marcel Fontaine (coord.), Paris, LGDJ, 1996, p. 499, a Corte de Cassação francesa, em julgado de 19 12 89, já decidiu caracterizar-se ofensa ao princípio da boa-fé e ao equilíbrio contratual se permitir a instalação de novo distribuidor em área muito próxima a distribuidor já instalado, criando condições de concorrência prejudiciais.

<sup>362</sup> A Lei nº 6 729/79, em seu art. 15, admite as seguintes hipóteses de venda direta pelo concedente: i) independentemente da atuação ou pedido do concessionário (que, em tal caso, será remunerado apenas pelos serviços que prestar), à administração pública, direta ou indireta, ao corpo diplomático e a outros compradores especiais, estes último nos limites que forem previamente ajustados com sua rede de distribuição; ii) com a intermediação da rede, pagando ao concessionário que tiver atuado ou feito o pedido a margem de comercialização correspondente à mercadoria (margem a ser estipulada em convenção de marca), à administração pública, direta ou indireta, ao corpo diplomático, a frotistas de veículos automotores e a outros compradores especiais. No segundo caso, o concessionário estará desempenhando, substancialmente, as funções típicas de um agente comercial, mas isso não implicará a sua requalificação, em princípio.

clientela já angariada pelo distribuidor, hipótese em que estará se locupletando do trabalho alheio, em hipótese característica de enriquecimento sem causa.

### 3.9. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE TERRITORIAL

É freqüente que a garantia espacial em favor do distribuidor assuma a forma de exclusividade territorial, hipótese em que, dentro da área que é assinalada a este, o principal não poderá autorizar a abertura de outros estabelecimentos. Assim, não se trata apenas de fixar uma área de atuação para o distribuidor, mas, além disso, de garantir-lhe que outros distribuidores não poderão compartilhar dela.

De uma certa forma, o benefício da exclusividade territorial faz as vezes de uma compensação às cláusulas que limitam a liberdade de atuação do distribuidor, integrando-o à rede do principal. A perspectiva de não ter que se enfrentar concorrentes que trabalham com produtos ou serviços da mesma marca em determinado território é, de fato, um dos grandes atrativos dos contratos de concessão e franquia.

A exclusividade territorial não ostenta a condição de elemento natural dos contratos de distribuição, de sorte que, não havendo cláusula expressa contemplando-a, não pode ser presumida sua presença, quer nos contratos de agência,<sup>363</sup> quer nos de concessão,<sup>364</sup> quer nos de franquia.<sup>365</sup>

Outorgando exclusividade territorial em favor de seus distribuidores, cabe ao fabricante tomar as providências que estejam ao seu alcance para garanti-la. Em primeiro lugar, naturalmente, deve abster-se de vender os produtos objeto da distribuição, diretamente ou por intermédio de outros distribuidores, no território protegido. Ademais, caso venha a ter ciência de que distribuidores integrantes da rede estão ativamente

<sup>363</sup> No caso específico da agência, tal como regulada no Brasil, conclusão diversa se impõe. O art. 27, “e”, da Lei nº 4.886/65 dispõe que deverá constar obrigatoriamente do contrato a “garantia ou não, parcial ou total, ou por certo prazo, da exclusividade de zona ou setor de zona”, bem como, havendo exclusividade, os casos em que se justifica a sua restrição (“g”). Além disso, o mesmo diploma, em sua redação original, previa que. “Art. 31. Prevendo o contrato de representação a exclusividade de zona ou zonas, fará jus o representante à comissão pelos negócios aí realizados, ainda que diretamente pelo representado ou por intermédio de terceiros. Parágrafo único. A exclusividade de **zona ou representações** não se presume, na ausência de ajuste expresso”. Sucede que esse dispositivo ganhou nova redação, atribuída pela Lei nº 8.420/92: “Art. 31. Prevendo o contrato de representação a exclusividade de zona ou zonas, **ou quando este for omissivo**, fará jus o representante à comissão pelos negócios aí realizados, ainda que pelo representado ou por intermédio de terceiros. Parágrafo único. A exclusividade de **representação** não se presume na ausência de ajustes expressos”. Ora, se o representante tem direito à comissão, mesmo que omissivo o contrato a respeito da exclusividade territorial, segue daí que essa exclusividade é elemento natural do contrato. Mais clara a redação do art. 711 do projeto de Código Civil: “Salvo ajuste, o proponente não pode constituir, ao mesmo tempo, mais de um agente, na mesma zona, com idêntica incumbência; nem pode o agente assumir o encargo de nela tratar de negócios do mesmo gênero, à conta de outros proponentes”.

<sup>364</sup> Vimos que o único contrato de concessão regulado no Brasil não contempla a garantia de exclusividade territorial para o concessionário.

<sup>365</sup> Quanto a ser elemento natural do contrato de franquia, a opinião, na Itália, de Fauceglia, *Il franchising*, p. 52. Já a Cassação francesa julgou que a ausência de exclusividade territorial não torna nulo o contrato de franquia, não sendo portanto de sua essência (cass., 09.11.93, Bull. Civ. iv, n. 403, in *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et Économique*, n. 2, 1994, p. 348). No Brasil, a Lei nº 8.955/94 apenas dispõe que deverá constar da Circular de Oferta de Franquia se há ou não garantia de exclusividade sobre determinado território (alínea *a*, inciso X, art. 3º) e se o franqueado poderá realizar vendas fora de seu território (alínea *b*, inciso X, art. 3º). Na própria definição do contrato (*caput* do art. 3º), diz-se ser a franquia modalidade de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva. Entre nós, portanto, não há que se falar seja a exclusividade um elemento natural ou mesmo essencial do contrato.

extrapolando a área de atuação que lhes foi designada e invadindo a área alheia, deve tomar providências no sentido de refreá-los, fazendo uso de suas prerrogativas contratuais, pena de responder perante os distribuidores prejudicados.

E terceiros comerciantes não vinculados à rede, estão obrigados a observar a exclusividade do distribuidor? Em face do princípio da relatividade dos contratos, a resposta natural seria de que a cláusula de exclusividade não os vincula. Todavia, a doutrina estrangeira discute se essa atuação de terceiros não pode configurar forma de concorrência desleal, ato ilícito passível de responsabilização, decorrente, por exemplo, da aquisição irregular dos produtos, presumida quando o terceiro se recusa a declinar o nome do vendedor.<sup>366</sup> Fala-se ainda, como uma espécie de concorrência desleal, em concorrência parasitária, pela qual o terceiro comerciante se beneficia dos esforços de promoção da marca a cargo de todos os integrantes da rede, sem assumir os respectivos ônus. Nesse sentido, a posição de terceiros é tanto mais frágil, quanto mais notória for a exclusividade da rede de distribuição. E torna-se praticamente insustentável, quando a própria lei proíbe a revenda extra-rede, caso do art. 12, da Lei nº 6.729.<sup>367</sup>

Cumpre, agora, enfocar a compatibilidade da exclusividade territorial, que busca eliminar a competição direta entre aqueles que comercializam produtos de uma mesma marca, com as normas de proteção à concorrência.

É bastante ilustrativo o exame do trato da matéria no direito forâneo. Nesse sentido, na União Européia, de forma geral, os órgãos comunitários entendem válida a existência de alguns mecanismos de proteção territorial, desde que não gerem um fechamento absoluto dos territórios assinalados aos distribuidores, sendo possíveis as chamadas importações paralelas. A proteção absoluta só seria admissível em situações excepcionais, em acordos envolvendo redes de pequeno porte, por exemplo.<sup>368</sup> Para os acordos de distribuição exclusiva, foi editado o Regulamento nº 1983/83. De acordo com esse diploma, para o fabricante, a única restrição admitida consiste em que, na zona alcançada pela exclusividade, este somente possa fornecer ao distribuidor. Já o distribuidor tem a obrigação de abster-se de atuar ativamente fora da zona que lhe é reservada. Não se admite que fabricantes de produtos concorrentes estabeleçam entre si

<sup>366</sup> Para Ferrier, *Droit de la distribution*, p. 283, presume-se a ilicitude, quando o terceiro deixa de indicar o nome de quem lhe vendeu a mercadoria. A Cassação francesa, em decisões de 27.10.92 e 14.03.94 (*Revue Trimestrielle de Droit Commercial et Économique*, n. 4, 1994, p. 773), entendeu configurar-se presunção de concorrência desleal na inobservância, por terceiro, da cláusula de exclusividade. Na Itália, Fauceglia, *op. cit.*, p. 46, opina que o desrespeito à exclusividade, por terceiro, não é por si só ato de concorrência desleal. Também para Baldassarri, *I contratti di distribuzione*, p. 497, a exclusividade não pode ser oposta a terceiros ao contrato, ainda que tenham conhecimento da cláusula. Baldi, *Il concessionario di vendita in esclusiva*, p. 421, entende que a exclusividade não é oponível a terceiros, salvo quando obtêm de forma ilícita a mercadoria, para revendê-la na zona de exclusividade, hipótese na qual praticam concorrência desleal.

<sup>367</sup> Prescreve o texto legal que “O concessionário só poderá realizar a venda de veículos automotores novos diretamente a consumidor, vedada a comercialização para fins de revenda”

<sup>368</sup> Schapira et alii, *Droit européen des affaires*, p. 436

contratos de distribuição exclusiva,<sup>369</sup> salvo se, não havendo concessão recíproca, um deles tenha faturamento que não supera 100 milhões de ECU. A exclusividade não afeta o consumidor, que não está jungido a adquirir produtos do distribuidor da área em que tem domicílio. Acresce que a Comissão poderá excluir um caso concreto do alcance da isenção categorial, quando fique demonstrado que a exclusividade provoca efeitos incompatíveis com as condições estabelecidas no artigo 85, par 3º, do Tratado de Roma, hipótese, por exemplo, em que o produto objeto da exclusividade não tem efetivos concorrentes em parte substancial do mercado comum.

No tocante aos contratos de franquia, O Tribunal de Justiça comunitário, no *affaire Pronuptia*, julgou que as cláusulas de exclusividade territorial, sobre não serem necessárias à proteção do *savoir-faire* e à preservação da identidade e da reputação da rede, restringem efetivamente a concorrência entre os integrantes da rede. Por sua vez, a Comissão, ao analisar contratos de franquia que lhe foram submetidos,<sup>370</sup> entendeu que a cláusula de exclusividade territorial é potencialmente ofensiva ao art. 85, 1, do Tratado de Roma, mas, também, que, sem ela, dificilmente o franqueado teria disposição de investir no negócio, pagando a taxa de admissão à rede e constituindo um estabelecimento com todas as especificações exigidas pelo franqueador. Diante disso, a cláusula foi admitida, mas apenas com o propósito de evitar uma concorrência ativa entre os diversos franqueados, não impossibilitando que um franqueado atenda aos pedidos feitos por consumidor residente no território assinalado a outro franqueado. Na esteira dessas decisões individuais, veio a lume o Regulamento nº 4.087/88, de 30.11.88, concernente à aplicação do artigo 85, 3, do Tratado, às categorias de acordos de franquia, o qual, dentre as cláusulas que, sem embargo de provocarem restrições concorrenciais, revelam-se necessárias ao alcance dos objetivos básicos do acordo, estando, pois, cobertas pela isenção, elencou a de exclusividade territorial relativa em favor do franqueado, que o impede de buscar ativamente clientes em outros territórios.

Em suma, a posição comunitária é no sentido de admitir, com temperamentos, a exclusividade territorial,<sup>371</sup> sempre facultado ao consumidor optar por adquirir os produtos junto a outros distribuidores, que não aquele da região em que tem domicílio.

Na França, a validade jurídica das cláusulas de exclusividade também foi objeto de intensa discussão. Questionava-se se a concessão de exclusividade territorial não

<sup>369</sup> Isso, segundo Peris, op. cit., p. 113, para evitar acordos horizontais disfarçados

<sup>370</sup> Nos casos, já referidos, de Pronuptia, Yves Rocher, Computerland, ServiceMaster e Charles Jourdan

<sup>371</sup> Assinale-se que há muito menos tolerância dos órgãos comunitários relativamente aos acordos que envolvem exclusividade, quando firmados por empresa que já se encontra em posição dominante no mercado. Em tais casos, a questão deve ser examinada à luz do art. 86, do Tratado, do qual não se extrai nenhuma regra de isenção. Entende-se, assim, que caracteriza abuso de posição dominante, consistente na recusa de venda, a formação de uma rede de distribuição exclusiva. Enfim, diante da fraqueza da concorrência intermarcas, há maior necessidade de se estimular a concorrência intramarca, o que torna inadmissível a exclusividade territorial. Nesse contexto, o máximo que se pode

poderia ser qualificada como recusa de venda a outros comerciantes desejosos de revender o produto no território protegido, ou mesmo aos usuários do produto, recusa esta punível pela *Ordonnance* de 30.06.45 e depois por Decreto de junho de 1958. Dando interpretação a este decreto, de forma a afastar o puro e simples enquadramento da exclusividade de distribuição como modalidade de recusa de venda, foi editada a circular conhecida como *Fontanet*, que viabilizou a fórmula de distribuição exclusiva, nos seguintes termos: a exclusividade deve ser recíproca (territorial e de aprovisionamento); deve igualmente tender a melhorar o serviço ao consumidor; e ainda deve haver liberdade na fixação dos preços de revenda.<sup>372</sup> De qualquer maneira, a matéria foi levada ao conhecimento dos Tribunais, e a própria Cassação francesa veio a adotar posição muito próxima à da circular.<sup>373</sup> Atualmente, é a *Ordonnance* de 01.12.86 que estabelece os critérios legitimadores da recusa de venda amparada em cláusula de exclusividade, substancialmente idênticos aos estabelecidos no Tratado de Roma para a concessão de isenções: que a cláusula tenha por efeito assegurar um progresso técnico ou econômico e que venha a beneficiar o consumidor dos produtos.<sup>374</sup> Por outro lado, a exclusividade, tal como ocorre no plano comunitário, não deve ser absoluta, permitindo-se certo grau de concorrência entre os membros da rede: a chamada concorrência passiva, consistente na possibilidade do consumidor adquirir o bem ou serviço de distribuidor cuja zona de exclusividade não abrange o seu domicílio.<sup>375</sup>

Nos EUA, o tratamento jurisprudencial conferido às cláusulas que propiciam a divisão de mercados entre os diversos franqueados de uma mesma rede, seja pela justaposição de exclusividades territoriais, seja pela proibição de abertura de novas lojas pelos franqueados sem o prévio consentimento do franqueador, oscilou da aplicação da *rule of reason* para a *per se violation* e desta novamente para a *rule*. Deveras, se, num primeiro momento, a Suprema Corte entendeu que a concessão de área de exclusividade ao franqueado não caracterizava *per se violation*,<sup>376</sup> esse posicionamento foi suplantado no caso *United States v. Arnold Schwinn*, de 1967, em que a Suprema Corte manifestou-se pela ilegalidade *per se* das limitações territoriais.<sup>377</sup> Esta decisão foi submetida a severas críticas doutrinárias, especialmente por parte dos sequazes da Escola de

---

admitir, segundo Schapira et alii, op. cit., p. 488, é que a empresa em posição dominante estabeleça condições objetivas para o fornecimento de seus produtos, mas não exclusividades territoriais.

<sup>372</sup> Segundo Champaud, *La concession commerciale*, p. 493

<sup>373</sup> A discussão jurisprudencial é retratada por Champaud, op. cit., p. 494 Este autor aplaude a postura da Cassação, entendendo justificável a recusa de venda nos contratos de distribuição, pois, segundo afirma: “C’est l’unité économique formée par les entreprises concédantes et concessionnaires, qui justifie le refus de vente” (p. 495) Guyenot, *Que es el franchising?*, p. 92, transcreve excerto de decisão daquele Tribunal, datada de 11.07.62: “un contrato de concesión exclusiva que tiende a asegurar un mejoramiento del servicio prestado a los consumidores, puede tener por efecto hacer jurídicamente indisponible con respecto a terceros la mercadería retenida por el vendedor”. O mesmo autor volta a discorrer sobre a posição jurisprudencial francesa em outro trabalho, *Les conventions d’exclusivité de vente*, p. 522 Sua posição pessoal, aliás, é francamente favorável às cláusulas de exclusividade. Também a respeito da matéria, v. Dutilleul e Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, p. 770

<sup>374</sup> Ronzano, op. cit., p. 24; Ferrier, op. cit., p. 287.

<sup>375</sup> Dutilleul e Delebecque, p. 771

<sup>376</sup> Decisão proferida em *White Motor Co v United States*, em 1963 A propósito, Peris, op. cit., p. 40, Beretta, op. cit., p. 229

<sup>377</sup> Peris, op. cit., p. 41; Beretta, op. cit., p. 229

Chicago, que ressaltaram a necessidade de se avaliar a restrição em tela dentro de um quadro mais amplo, que favorecia a concorrência *interbrand*,<sup>378</sup> e, enquanto precedente, foi recebida com muita cautela pelas jurisdições inferiores, que, tanto quanto possível, operando com a técnica das distinções, procuravam limitar a sua incidência.<sup>379</sup> Por fim, em 1977, a própria Suprema Corte houve por bem modificar seu ponto de vista acerca da matéria. Fê-lo ao julgar o caso *Continental TV v. Sylvania, Inc*, no qual um distribuidor de aparelhos de televisão questionava as cláusulas que restringiam a sua atuação fora do mercado que lhe fora designado.<sup>380</sup> Nessa oportunidade, afirmou-se ser necessária a análise da validade da restrição territorial de acordo com a *rule of reason*, chegando-se à conclusão que as restrições *intra-brand* eram largamente compensadas pelo estímulo à concorrência *interbrand*. A Corte rendeu-se, pois, à propalada utilidade econômica das restrições territoriais em redes de distribuição.<sup>381 382</sup>

Consideremos o trato da questão, agora, no Brasil. Sob a égide da Lei nº 4.137/62, o CADE teve ocasião de se manifestar sobre a validade das cláusulas de exclusividade. Assim, em 6 de maio de 1969, ao julgar o Processo Administrativo nº 5, num conflito entre hotéis e fabricantes de bebidas, em que aqueles questionavam a exclusividade concedida por estes em favor dos distribuidores, decidiu, por maioria, ser lícita essa cláusula.<sup>383</sup> Anos depois, reiterou tal ponto de vista, no Processo Administrativo nº 12, julgado em 7 de julho de 1975, quando se averbou que “a concessão de exclusividade para a comercialização de produtos, por si só, não constitui forma de abuso de poder econômico, sobretudo quando a exclusividade é concedida a estabelecimentos em diversos pontos, diversos locais e variadas regiões”.<sup>384</sup> Cite-se, ainda, decisão no Processo Administrativo nº 71/\*\*\*\*, de 07.07.88, na qual se afirmou a licitude da cláusula de exclusividade territorial em contrato de concessão comercial de veículos automotores, tendo-se em vista que, no mercado de automóveis, a concorrência a ser preservada é aquela entre revendedores, não sendo relevante ou benéfica para o mercado a concorrência entre concessionários da mesma marca.<sup>385</sup>

Volvendo a atenção à Lei nº 8.884/94, verifica-se que esta, em seu art. 21, contempla algumas situações nas quais, em tese, a exclusividade territorial poderia se

<sup>378</sup> Beretta, op. cit., p. 232.

<sup>379</sup> Ibidem, p. 234.

<sup>380</sup> Peris, op. cit., p. 41; Beretta, op. cit., p. 237

<sup>381</sup> Na ocasião, assentou que: “Such restrictions, in varying forms, are widely used in our free market economy. There is substantial scholarly and judicial authority supporting their economic utility. There is relatively little authority to the contrary” (apud Beretta, op. cit., p. 237, nota 41)

<sup>382</sup> Outro argumento que favoreceu a convalidação das restrições territoriais, e que foi considerado pelos Tribunais norte-americanos, consiste em que elas impediriam a atuação do franqueado que invade território alheio, aproveitando-se dos esforços de outro franqueado que o explora, e nele passa a nele vender com facilidade seus produtos (Beretta, op. cit., p. 225)

<sup>383</sup> Decisão mencionada por Comparato, Franquia e concessão de venda no Brasil, p. 383. Este autor alude aos dois votos vencidos, que sustentaram ser a cláusula de exclusividade ilícita em si mesma, por violar o disposto no art. 2º, I, alínea g, da Lei nº 4.137, de 1962 (“criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento da empresa”).

<sup>384</sup> Apud Comparato, op. cit., p. 383.



enquadrar. O inciso III desse artigo trata da divisão de mercados de serviços ou produtos. Ora, a exclusividade propicia uma divisão de mercado dos produtos de determinada marca entre os distribuidores. Por sua vez, o inciso XIII envolve a recusa de venda de bens ou prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais. Sucede que, em observância da exclusividade territorial, o fabricante não pode vender as mercadorias diretamente no território protegido, seja a revendedores, seja a consumidores. Porém, no contexto de uma rede distributiva, não se pode presumir, em princípio, que a exclusividade territorial tenha por objeto ou possa produzir qualquer dos efeitos elencados nos diversos incisos do art. 20 da Lei nº 8.884/94, quais sejam: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; ou exercer de forma abusiva posição dominante. A cláusula de exclusividade territorial tanto mais se justifica, sob a ótica do Direito Econômico, quanto maiores os investimentos exigidos de cada distribuidor. Com efeito, especialmente nos contratos de franquia, dificilmente algum comerciante se habilitaria a fazer as inversões exigidas pelo franqueador sem poder contar, em contrapartida, com alguma forma de proteção territorial, como bem notou a Comissão da Comunidade Européia, ao conceder isenções individuais nessa matéria. Pode-se, pois, afirmar que a cláusula de exclusividade territorial, apesar de limitar a concorrência entre os distribuidores de uma mesma marca, justifica-se na medida em que, de outra banda, pode propiciar uma maior concorrência entre marcas, bem como uma atuação mais intensiva e capilar do distribuidor na zona que lhe foi designada. Considere-se, ainda, que a exclusividade territorial reduz as possibilidades de um distribuidor tornar-se parasita de outro, colhendo parte dos frutos de seus esforços na divulgação da marca. Por outro lado, a exclusividade deve manter-se nos limites necessários ao preenchimento de suas funções dentro de uma rede de distribuição. Isso significa que o distribuidor exclusivo deverá desenvolver sua atividade comercial apenas na zona que lhe atribuída, mas também deverá atender a pedidos que lhe sejam feitos por usuários e consumidores situados em outras zonas de exclusividade. Em outras palavras, de forma a evitar-se a desestruturação da rede, é lícito coibir-se a concorrência ativa entre distribuidores, por meio da cláusula de exclusividade, mas não, por assim dizer, a concorrência passiva. A exclusividade absoluta submeteria o consumidor que pretende adquirir produto de uma determinada marca às exigências, eventualmente abusivas, do comerciante que explora sua distribuição no território de sua residência.<sup>386 387</sup>

<sup>385</sup> Franceschini, Introdução ao Direito da Concorrência, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 135

<sup>386</sup> Como já visto, em matéria de concessão comercial de veículos automotores, os §§ 2º e 3º, art. 5º, da Lei nº 6.729/79, tiveram sua redação alterada, pela Lei nº 8.132/90, justamente para ficar claro que a proteção territorial do concessionário não impede o consumidor de adquirir, em qualquer concessionário, os bens objeto da concessão, apenas obstaculizando que o concessionário ativamente invada o território alheio.

<sup>387</sup> Sintetizando as condições de validade e eficácia da cláusula de exclusividade territorial (e, também, da cláusula de exclusividade de aprovisionamento), Assis Gonçalves Neto, Direito Comercial, p. 254, entende necessário “a) que decorram naturalmente de uma atividade integrada, que cria uma espécie de parceria entre empresários na colocação dos produtos ou serviços no mercado, como é o caso da concessão de venda mercantil, dos contratos de revenda ou

Conclusão diversa poderá impor-se, se a concorrência intermarcas for muito reduzida, havendo domínio de mercado por parte do fabricante que controla a rede, hipótese em que a exclusividade territorial de distribuição contribuirá para tornar ainda mais limitada a concorrência, no caso, a intramarca, especialmente se combinada com uma cláusula de exclusividade de aprovisionamento, da qual trataremos em seguida.

---

distribuição, dos de representação comercial, de franquia, e assim por diante; b) que a restrição à concorrência, por elas provocada, seja adequada e limitada à consecução dos fins desses contratos, não chegando ao ponto de provocar ou caracterizar ação voltada para o domínio do mercado; c) que não ofendam ou restrinjam o direito de escolha dos consumidores, bloqueando-lhes as opções”, tudo isso devendo ser analisado à luz das circunstâncias concretas que se apresentam ao aplicador, da efetiva conduta dos parceiros no mercado em que atuam

### 3.10. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE DE APROVISIONAMENTO

A obrigação de exclusividade de aprovisionamento, que costuma acompanhar a exclusividade territorial,<sup>388</sup> impõe que o distribuidor só possa adquirir um produto ou uma determinada gama de produtos do fornecedor ou de terceiros por este indicados, devendo abster-se de adquirir produtos concorrentes ou de origem não chancelada pelo fornecedor.

A possibilidade de impor a exclusividade de aprovisionamento é um dos grandes atrativos para a constituição de redes de distribuição, ainda que isso implique maiores investimentos por parte do fornecedor e concessão de vantagens compensatórias aos distribuidores, caso da exclusividade territorial. É a exclusividade de aprovisionamento que, por sinal, dá consistência à rede, fortalecendo os vínculos entre seus integrantes.

Mas, por outro lado, essa obrigação contribui para acentuar a relação de dependência do distribuidor para com o principal, especialmente quando aquele não opera com quaisquer outros tipos de produtos, ainda que não concorrentes, isto é, restringe sua atividade à revenda dos produtos objeto do contrato de distribuição. Nessa perspectiva, pode-se afirmar ser tanto maior a integração à rede, quanto mais restritiva a cláusula de exclusividade de aprovisionamento. No limite, o distribuidor corta vínculos com quaisquer outros fornecedores, de produtos concorrentes ou não, e, perante os consumidores, apresenta-se apenas como representante econômico de uma determinada marca. Não é incomum, aliás, que o contrato vede ao distribuidor e mesmo aos seus sócios (se pessoa jurídica), direta ou indiretamente, a abertura de outros estabelecimentos que comercializem produtos concorrentes, no território que lhe foi assinalado ou até fora dele.<sup>389</sup>

Passemos ao exame dessa obrigação nos diversos tipos contratuais em análise, à luz da legislação brasileira. No contrato de agência, a exclusividade de representação não se apresenta como elemento essencial ou mesmo natural. Assim, deverá o instrumento contratual mencionar se haverá “exercício exclusivo ou não da representação em favor do representado”.<sup>390</sup> A exclusividade de representação não se presume, à míngua de disposição expressa no contrato.<sup>391</sup> Mudará o quadro, todavia, se for transformado em lei o projeto do Código Civil, com redação atual do seu art. 711, que transforma tanto a

<sup>388</sup> Para Claudineu de Melo, *Contrato de distribuição*, p. 43 e 119, o produtor não poderia exigir exclusividade de aprovisionamento sem, conjuntamente, garantir exclusividade territorial. Não nos parece, todavia, haja um vínculo jurídico entre ambas as cláusulas, de sorte a ser inválida uma sem a presença da outra. O que se dá é que, com frequência, ambas se apresentem, lado a lado, na mesma relação contratual, uma favorecendo o fabricante (exclusividade de aprovisionamento), outra, o distribuidor (exclusividade territorial).

<sup>389</sup> Restrição que, porém, poderá se revelar indefensável, por desproporcional.

<sup>390</sup> Art. 27, alínea *l*, da Lei nº 4.886/65.

<sup>391</sup> Art. 31, parágrafo único, e art. 41 da Lei nº 4.886/65.

exclusividade territorial, como a exclusividade de representação, em elementos naturais do contrato de agência.

Em se tratando de concessão comercial, a exclusividade também está a depender de expressa previsão no contrato,<sup>392</sup> embora a presença de algumas circunstâncias possa induzir ao seu reconhecimento, como, exemplificativamente, a utilização de signos de identificação do concedente no título do estabelecimento

Na franquia, onde se opera uma identificação do estabelecimento do franqueado com o estabelecimento do franqueador, é natural que, sob a bandeira do franqueador, não possa o franqueado prestar serviços ou comercializar produtos concorrentes ou exorbitantes ao objeto do contrato. Assim, ainda que não se possa falar em exclusividade de aprovisionamento em benefício do franqueador, até porque, em grande parte dos casos, o franqueador apenas transfere bens imateriais para o franqueado, o fato é que este só pode prestar serviços ou vender produtos previamente cancelados pelo franqueador, ou que, quando menos, observem os padrões de qualidade estabelecidos em contrato. Na prática, o franqueador indicará, de forma vinculante, os fornecedores dos quais o franqueado deve adquirir produtos a serem comercializados no estabelecimento.<sup>393</sup>

Assinale-se que, em nosso ordenamento, não há limitação temporal à vigência da cláusula de exclusividade de aprovisionamento, ao contrário do que ocorre em outros países.<sup>394</sup>

A exclusividade de aprovisionamento, ao tempo em que isola o distribuidor de outras fontes de fornecimento, com os efeitos integrativos daí decorrentes, também fecha aos fornecedores concorrentes canais de acesso ao mercado, conseqüência que clama

<sup>392</sup> Em matéria de concessão de veículos automotores, a Lei nº 6 729 tem vários dispositivos a respeito da exclusividade de aprovisionamento. A alínea *a*, § 1º, art. 3º, estabelece que o contrato de concessão **poderá** vedar a comercialização de veículos automotores novos fabricados ou fornecidos por outro produtor. Por outro lado, o concessionário poderá comercializar implementos e componentes fornecidos por terceiros, observado, quanto a estes últimos, um índice de fidelidade na aquisição junto ao concedente, podendo ainda a convenção de marca estabelecer percentuais de sua aquisição obrigatória pelos concessionários (inciso I, art. 4º, c/c art. 8º). A exclusividade de aprovisionamento não alcança veículos e implementos usados de qualquer marca, bem como mercadorias de qualquer natureza destinadas ao veículo (incisos II e III, art. 4º). Ademais, o concessionário ainda terá a faculdade de comercializar outros bens e prestar outros serviços compatíveis com a concessão (parágrafo único, art. 4º). Enfim, o fabricante apenas pode exigir exclusividade de aprovisionamento na revenda de veículos novos, e, ainda assim, nos limites estabelecidos pela alínea *a*, art. 12, não poderá obstaculizar a comercialização de veículos novos entre integrantes da rede.

<sup>393</sup> Por sinal, dentre as informações que devem integrar a Circular de Oferta de Franquia, a Lei nº 8.955/94 elenca as relativas “à obrigação do franqueado de adquirir quaisquer bens, serviços ou insumos necessários à implantação, operação ou administração de sua franquia, apenas de fornecedores indicados e aprovados pelo franqueador, oferecendo ao franqueado relação completa desses fornecedores” (art. 3º, XI)

<sup>394</sup> Na França, notícia Ferrier, *Droit de la Distribution*, p. 242, Lei de 14 10 43 limita a dez anos a duração dos contratos com cláusula de aprovisionamento exclusivo, admitindo-se, porém, a renovação do contrato ao fim deste termo. Na Itália, o art. 2 596 do Código Civil dispõe que os pactos limitativos da concorrência (dentre os quais, em tese, enquadra-se a cláusula de exclusividade de aprovisionamento) não podem exceder à duração de cinco anos, mas a doutrina e a jurisprudência vêm consagrando entendimento de que esse limite temporal não se aplica, quando o pacto de exclusividade está relacionado com a causa do contrato. Nesse sentido, Baldassari, *I contratti di distribuzione*, p. 492, que cita decisões da Cassação italiana

tratamento sob a ótica das regras jurídicas que buscam garantir a livre concorrência entre os agentes econômicos. Por esse prisma, na Europa, foram considerados relevantes, pelos órgãos comunitários, os seguintes fatores no exame da validade da cláusula: a importância econômica das partes; a parcela do mercado atingida; a possibilidade de se trancar o acesso de outros fabricantes ao mercado; e a existência de grande número de contratos iguais, gerando um efeito anticoncorrencial cumulativo.<sup>395</sup> No plano das isenções coletivas, o Regulamento nº 1983/83 isenta os contratos de distribuição que observem suas condições, isenção que pode ser afastada no caso concreto, na hipótese em que a exclusividade de aprovisionamento prejudique o acesso de outros fornecedores a parte substancial do mercado comum.<sup>396</sup> Por seu turno, o Regulamento nº 1984/83 institui isenção categorial para os contratos de aprovisionamento exclusivo, pelos quais o revendedor se compromete a adquirir uma determinada linha de produtos apenas de um determinado fornecedor.<sup>397</sup> Este regulamento, além de normas gerais aplicáveis a todos os tipos de produtos, possui disposições específicas aplicáveis à distribuição de cerveja e de carburantes em que haja concessão de vantagens econômicas e financeiras ao revendedor.<sup>398</sup>

Em matéria de contratos de franquia, a Corte comunitária, no *affaire Pronuptia*, validou, à luz das exigências de proteção à marca e à integridade e reputação da rede, o controle, pelo franqueador, da qualidade das mercadorias vendidas pelo franqueado, e, na dificuldade de se estabelecer parâmetros objetivos de controle ou dado o grande número de franqueados, a possibilidade de se impor ao franqueado a aquisição de mercadorias junto ao próprio franqueador ou a fornecedores por ele credenciados, desde

<sup>395</sup> Schapira et alii, *Droit européen des affaires*, p. 453. O efeito cumulativo de diversos contratos de aprovisionamento exclusivo foi considerado pela Corte no *arrêt* Brasserie de Haecht I, de 13.12.67, e, mais recentemente, no *arrêt* Stergios Delimitis, de 28.02.91 (ibidem, p. 455). Também a Comissão, ao proceder à análise de acordos de distribuição, para fins de aferir a incidência o art. 85, § 1º, ou de isentá-los, considera um possível efeito cumulativo. Na decisão Yves Rocher, por exemplo, o efeito cumulativo das cláusulas de exclusividade foi afastado em face da grande dispersão do mercado: “Ni siquiera el efecto acumulativo de todos los contratos de concesión Yves Rocher resulta suficiente para dar a la red la posibilidad de eliminar la competencia entre marcas, teniendo en cuenta la dispersión y la estructura competencial de la oferta de productos cosméticos y la modesta parte del mercado que Yves Rocher detenta en este mercado” (versão espanhola - anexo X a Esperanza Gallego Sanchez, *La franquicia*)

<sup>396</sup> Segundo seu art. 1º, tal Regulamento aplica-se “agli accordi ai quali partecipano soltanto due imprese e nei quali uno dei contraenti si impegna nei confronti dell’altro a fornire soltanto a lui prodotti ai fini della rivendita in tutto il territorio o in una parte determinata del mercato comune” (versão italiana extraída de apêndice a I contratti della distribuzione commerciale - la disciplina comunitaria, l’ordinamento interno).

<sup>397</sup> O seu art. 1º define o âmbito material de aplicação das normas gerais: “agli accordi ai quali partecipano soltanto due imprese e nei quali l’una, il rivenditore, si impegna nei confronti dell’altra, il fornitore, ad acquistare, ai fini della rivendita, determinati prodotti specificati nell’accordo, soltanto da lui, da un’impresa ad esso collegata, o da un’impresa terza, incaricata della distribuzione dei suoi prodotti” (versão italiana em I contratti della distribuzione commerciale). Assinala-se que o Regulamento nº 1984/83, à diferença do Regulamento nº 1983/83, não trata dos casos de distribuição em zona de exclusividade. Estabelece que o acordo de exclusividade de aprovisionamento não pode envolver uma gama de produtos que, por sua natureza ou pelos usos comerciais, não tenham nexo entre si. O acordo também não poderá ser feito por prazo indeterminado ou por prazo superior a cinco anos.

<sup>398</sup> Quanto à revenda de cervejas ou cervejas e outras bebidas em estabelecimento aberto ao público, prevê-se o seguinte quanto à duração do acordo de exclusividade: se houver exclusividade de aprovisionamento quanto a uma determinada cerveja e outras bebidas, o acordo não poderá ser por prazo indeterminado ou ter duração determinada superior a cinco anos; quando a exclusividade abranger apenas uma determinada cerveja, o acordo não poderá ser por prazo indeterminado ou ter duração determinada superior a dez anos; todavia, se o estabelecimento foi cedido pelo fornecedor ao distribuidor, a exclusividade poderá perdurar por todo o tempo de cessão. Finalmente, em matéria de carburantes, a exclusividade não poderá ser acordada por tempo indeterminado ou por prazo determinado superior a dez anos, salvo se o estabelecimento onde é feita a revenda tiver sido cedido pelo fornecedor.

que não se proíba a aquisição junto a outros franqueados.<sup>399</sup> Na esteira dessa decisão, o Regulamento no 4.087/88 dispôs, no que respeita aos produtos que formam o objeto essencial da franquia, a obrigação do franqueado de não usar produtos concorrentes, obrigação que não atinge as peças de reposição e os acessórios. Em obséquio à identidade e à reputação da marca estão justificadas as seguintes restrições: vendas ou utilização na prestação de serviços apenas de produtos que respondam às especificações objetivas mínimas de qualidade estabelecidas pelo franqueador; vendas apenas de produtos do franqueador ou de terceiros por ele indicados, quando, em razão da natureza do produto, não seja possível aplicar especificações objetivas de qualidade.

Inaplicáveis, todavia, as isenções categoriais referidas, quando o fornecedor já exerce uma posição dominante no mercado. Nessa hipótese, entra em jogo o art. 86 do Tratado, à luz do qual a exclusividade de aprovisionamento passa a ter, pelos órgãos comunitários, um tratamento muito mais rigoroso.<sup>400</sup> Isso em razão de, em casos tais, já ser bastante limitada a concorrência, quando não praticamente inexistente, contexto no qual a exclusividade de aprovisionamento cria um obstáculo a mais para os outros fornecedores que já ocupam o mercado e uma barreira ao ingresso de novos.

Nos EUA, questionou-se se, ao se exigir que o franqueado somente se abasteça de produtos do franqueador ou de terceiros por ele credenciados, não haveria aí uma modalidade de *tying arrangement*, isto é, de venda casada, que é justamente uma das modalidades apontadas como *per se violation* da legislação *antitrust*.<sup>401</sup> o franqueado só poderia usar a marca, caso também se abastecesse de produtos do franqueador. De modo a se afastar essa solução, incompatível com a própria lógica de funcionamento da franquia, operou-se uma distinção entre marcas que identificam a origem do produto e marcas que distinguem um certo método, padrão de qualidade ou *standard* de exploração empresarial, para só neste segundo caso se questionar a exigência de compra obrigatória de produtos do franqueador ou de terceiros.<sup>402</sup> Por outro lado, numa visão ainda mais compreensiva do contrato, considerou-se que a marca, os métodos empresariais e os produtos não poderiam ser considerados individualmente, mas, em verdade, comporiam um todo indissociável.<sup>403</sup> Enfim, as evoluções jurisprudenciais mais recentes indicam que,

<sup>399</sup> Esse entendimento guarda coerência com as premissas assentadas pelo Tribunal: que o aprovisionamento junto ao franqueador não é essencial à franquia, mesmo quando seja franquia de comércio, de forma que sua exigência resta vinculada à necessidade de preservar a reputação da rede.

<sup>400</sup> Assim decidiu o TJCE nos casos *United Brands* e *Hoffmann La Roche*. Schapira e alii, , op cit., p. 483, a partir dessa jurisprudência, concluem: “Dès lors, il est possible d’esquisser une sorte de gradation des situations. Lorsqu’il existe un grand nombre de fabricants, entre lesquels règne une véritable concurrence, il est possible que les clauses d’approvisionnement exclusif ne faussent pas la concurrence et que l’article 85, § 1<sup>o</sup>, soit inapplicable. Lorsqu’il existe un nombre relativement restreint de fabricants, en situation de concurrence, l’article 85, § 1<sup>o</sup>, est normalement applicable aux contrats d’approvisionnement exclusif, mais ceux-ci peuvent être validés par le jeu de l’article 85, § 3<sup>o</sup>. **Lorsqu’il existe sur le marché un fabricant occupant une position dominante, l’article 86 conduit à interdire les contrats d’approvisionnement exclusif passés par celui-ci**” (p. 485 - negrito não consta do original)

<sup>401</sup> Peris, op cit., p. 45.

<sup>402</sup> Ibidem, p. 47.

<sup>403</sup> Assim julgou, em decisão paradigmática, o *Fourth Circuit Court of Appeal*, no caso *Principe v McDonald’s Corp*, considerando que o franqueador “*offers its franchisees a complete method of doing business and if the challenged*

também nessa matéria, a *rule of reason* tende a prevalecer, afastando-se a ilegalidade *per se*.<sup>404</sup>

Naquele país, discute-se, também, se o franqueado poderia operar com produtos de terceiros que refogem ao objeto da franquia, comercializando-os no mesmo estabelecimento. Quanto a isso, vem-se entendendo que proibição nesse sentido é compatível com o objetivo de proteção da identidade da rede, de salvaguarda da marca e dos outros sinais de identificação do franqueador e sua cadeia, razão pela qual também aí não se sustenta a *per se doctrine*.<sup>405</sup>

No Brasil, há que se ter em mente o disposto no inciso VI, art. 21 da Lei nº 8.884/94, que qualifica como conduta passível de levar a algum dos resultados proscritos pelo art. 20 do mesmo diploma “impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, **bem como aos canais de distribuição**”. Em diversas ocasiões, ainda sob a égide da Lei nº 4.137, a cláusula em apreço foi submetida ao escrutínio do CADE. Assim, no Processo Administrativo nº 40, julgado em 08.10.87, o CADE considerou válida a cláusula de exclusividade de aprovisionamento de implementos agrícolas credenciados, por se tratar de prática comum na indústria de automotores e, principalmente, em razão da pequena participação do fabricante no mercado relevante.<sup>406</sup> No Processo Administrativo nº 37, julgado em 12.10.89, afirmou-se não ser a cláusula de exclusividade de aprovisionamento ilícita em si mesma, somente configurando a infração prevista no art. 2º, inciso I, alínea ‘a’, da Lei nº 4.137, quando propiciasse a dominação do mercado nacional ou a eliminação parcial ou total da concorrência.<sup>407</sup> Já no Processo Administrativo nº 97, julgado em 09.11.89, condicionou-se a validade da cláusula de exclusividade de aprovisionamento à existência, no mesmo contrato, de uma cláusula de exclusividade territorial, à falta da qual restou caracterizado abuso de poder econômico, por ofensa ao disposto no art. 2º, inciso I, alínea “g”, da Lei nº 4.137/62.<sup>408</sup> No Processo Administrativo nº 30/92, julgado em 26.02.93, submeteu-se a cláusula em apreço a um teste de razoabilidade, afastando-se a sua ilicitude *per se*, e considerando-se o interesse legítimo do concedente ou franqueador e os benefícios para o consumidor.<sup>409</sup> Quanto ao primeiro aspecto, entendeu-se haver um interesse

---

*aggregations of tied products are integral components of the franchised business method, there is but a single product and no tie existe as a matter of law”* (apud, Matteo Beretta, Tutela ..., p. 265). Decisão igualmente referida por Peris, op cit , p 48, e Esperanza Gallego Sanchez, op. cit., p. 156. Entre nós, acolhe esse ponto de vista, Nuno T P Carvalho, Os contratos de franquia ..., p. 37

<sup>404</sup> Beretta, op. cit , p. 270.

<sup>405</sup> Peris, op. cit., p. 44; Beretta, op. cit., p. 251. Este autor cita precedente do *2nd Circuit Court of Appeal*, do qual se transcreve o seguinte excerto: “A trademark licensing agreement requiring the sole use of the trademarked product does not violate the antitrust laws if it is reasonably necessary to protect the goodwill interest of the trademark owner” (p 253)

<sup>406</sup> Franceschini, Introdução ..., p. 214.

<sup>407</sup> Ibidem, p. 63

<sup>408</sup> Ibidem, p. 210

<sup>409</sup> Ibidem, p. 128. Transcreve-se, da obra em referência, excerto do voto do Relator, Conselheiro José Matias Pereira: “Partindo desse enfoque [de que as modernas técnicas de distribuição que são a franquia e a concessão não visam, em princípio, restringir a concorrência] entendo que a legalidade das cláusulas de exclusividade deve ser analisada e julgada

defensável do fornecedor em racionalizar a comercialização de seus produtos, protegendo, também, a identidade e a reputação de sua marca. No que tange aos benefícios ao consumidor, o Relator identificou a “existência de uma atividade mercantil disciplinada, com um atendimento especializado de padrão superior e a certeza de estoque e a prestação de serviços garantidos”.<sup>410</sup> Por fim, a merecer maior destaque, ato de concentração de fabricantes de bebidas, recentemente analisado pelo CADE, no qual a existência de cláusulas de aprovisionamento exclusivo foi considerada, face à dimensão da empresa resultante, como uma importante barreira ao desenvolvimento de outros fabricantes já presentes no mercado e à entrada de novos fabricantes no mercado, a ponto de o compartilhamento da sua rede ter sido uma das condições estabelecidas para que fosse autorizada a concentração.<sup>411</sup>

A propósito, convém expor o pensamento do Professor FÁBIO KONDER COMPARATO, que, conquanto reconhecendo a importância das modernas formas de distribuição e afastando uma suposta ilegalidade das cláusulas que as viabilizam,<sup>412</sup> assume postura cautelosa no tocante à validade da cláusula de exclusividade de aprovisionamento, cláusula esta que, segundo defende, deverá corresponder a um interesse legítimo do concedente e não prejudicar o consumidor.<sup>413</sup> Esse interesse não existirá em hipóteses nas quais os concedentes venham a se aproveitar de canais de distribuição já existentes, sendo, portanto, desnecessária a realização de grandes investimentos na formação da rede.<sup>414</sup> Por outro lado, se o setor for controlado por

---

sob o enfoque da razoabilidade ou regra da razão. Ou seja, a partir da utilização de critérios que indiquem que a necessidade da cláusula de exclusividade corresponde a um interesse legítimo do concedente ou franqueador e não prejudica o mercado consumidor. Dentro desse limite estabelecido, vejo este tipo de imposição ou restrição como ato-fim, um benefício tanto para quem a impõe quanto para quem a ela se submete e, conseqüentemente, para o consumidor”

<sup>410</sup> Ainda do voto do Relator: “É através dessa cláusula, a qual funciona muitas vezes para ambas as partes, que o franqueador ou concedente, dono do privilégio, estará exercendo um controle de qualidade da marca que garante ao público a qualidade do produto ou serviço, e também o controle da forma de comercialização e, com isso, preservando a sua clientela” (apud Franceschini, op. cit., p. 129).

<sup>411</sup> Analisando as barreiras à entrada de novos fabricantes no mercado, a Relatora enfocou o problema da exclusividade de aprovisionamento: “O canal de distribuição exclusiva, por ter contratos exclusivos com o fabricante para desenvolver uma rede de capilaridade expressiva (capaz de levar o produto aos mais longínquos pontos de venda, bem como abastecer os adegueiros e os canais tradicionais, e até mesmo os distribuidores multimarcas), constitui uma barreira quase intransponível à entrada de pequenas novas marcas, eis que, primeiro, é responsável por 75% da distribuição de produtos aos pontos de vendas; segundo que tais distribuidores têm contratos de exclusividade das marcas com seus fabricantes, e que são independentes para montar sua rede de distribuição e escolher os setores (locais) para onde vão levar o produto exclusivo e detêm a maioria dos pontos de vendas atendidos exclusivamente” Em consonância com tais premissas, condicionou-se a aprovação do ato de concentração ao compartilhamento da rede de distribuição com os compradores de algumas das fábricas do grupo e com fabricantes de pequeno porte. Além disso, proibiu-se a imposição de exclusividade aos pontos de venda, isto é, ao elo final da cadeia de distribuição, que faz com que o produto chegue ao consumidor (bares, restaurantes, supermercados etc.), em razão da disponibilização de maquinários, equipamentos e outros produtos de *merchandising*, exceto quando os investimentos e benfeitorias forem equivalentes a uma participação acionária da empresa.

<sup>412</sup> “E, no entanto, seria ridículo desconhecer que a franquia e a concessão de venda não foram criadas como manifestações modernas de um certo malthusianismo econômico, mas objetivaram e ainda objetivam outras finalidades bem diversas. Elas não surgiram da necessidade ou interesse de restringir a concorrência e limitar o consumo, mas, bem ao contrário, como formas novas de estimular o consumo e facilitar o escoamento da produção” (Comparato, Franquia e concessão de venda no Brasil, p. 382).

<sup>413</sup> *Ibidem*, p. 385.

<sup>414</sup> Inadmissível, assim, a imposição da cláusula ao comércio varejista em geral. Merece referência, nesse sentido, a representação encaminhada à Secretaria de Direito Econômico por Phillip Morris Brasil S A imputando a Souza Cruz S A a imposição de cláusulas de exclusividade de *merchandising* e de venda à sua cadeia varejista e de distribuição,



poucos fabricantes, a cláusula de exclusividade acabará por provocar o fechamento do mercado aos demais. Situação diversa dá-se quando a rede tiver que ser criada pelo próprio fabricante, que não se valerá de estabelecimentos de distribuidores já existentes,<sup>415</sup> hipótese em que a restrição de aprovisionamento pode ser justificável, especialmente para evitar que outros fornecedores atuem como *free riders*, aproveitando-se indevidamente dos esforços alheios de constituição de uma rede.

Pensamos, por todo o exposto, que a cláusula de exclusividade de aprovisionamento, no seio de uma rede de distribuição formada por contratos de concessão comercial e franquia, não deve ser considerado ilícito *per se*, posição, como visto, já firmada pelo CADE. Todavia, o exame concreto da estrutura de mercado poderá evidenciar que o efeito cumulativo dessa cláusula, a sua utilização por empresas que se encontram em posição dominante, dentre outros fatores, tem potencial para provocar restrições ao acesso de outros fabricantes ao mercado. Nessa hipótese, ressalvada uma autorização específica, nos termos do art. 54, § 1º, da Lei nº 8.884/94, a cláusula poderá ser considerada ilícita.

---

que deu origem ao processo administrativo nº 08012.003303/98-25, perante a Secretaria de Direito Econômico. Do despacho do Secretário, que determinou o encaminhamento dos autos ao CADE, vale transcrever este excerto: “Constato, da análise dos autos, que as evidências coligidas indicam que: i) a exclusividade de vendas a atacadistas e distribuidores não é capaz de prejudicar a livre concorrência; ii) a exclusividade de vendas a varejistas localizados fora de aeroportos e shopping centers não limita o acesso dos consumidores, mas limita o acesso dos concorrentes aos pontos estratégicos de venda de cigarros, em termos publicitários; e iii) a exclusividade de vendas a varejistas localizados em aeroportos e shopping centers, limita o acesso dos consumidores ao produto e dos concorrentes aos pontos estratégicos de venda de cigarros. Concluo, portanto, que a atuação da Representada, ao impor cláusula de exclusividade nos contratos que celebra com os pontos de venda a varejo de cigarros, cria potenciais dificuldades ao funcionamento de empresa concorrente, bem como restringe seu acesso aos canais de distribuição desse produto, incorrendo nas condutas descritas, respectivamente, nos incisos V e VI do art. 21 da Lei nº 8.884/94, configurando as infrações previstas no art. 20, I, II, e IV do mesmo diploma legal. Determino, conseqüentemente, a remessa destes autos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, para julgamento, recomendando a condenação da Representada e a determinação de que: 1) os contratos de exclusividade, firmados ou que venham a ser firmados pela Representada com pontos de venda localizados fora de aeroportos ou shopping centers, obedeçam às seguintes restrições contratuais: i) prazo de vigência não superior a 5 (cinco) anos; ii) inexistência de qualquer cláusula de renovação automática; e iii) inexistência de cláusula de preferência na renovação; e 2) seja proibida a prática de exclusividade de vendas, por parte da Representada, em aeroportos e shopping centers”. Há notícia de que, no âmbito do CADE, foi celebrado um compromisso de conduta relativo a tal processo.

<sup>415</sup> É o que se daria na distribuição de veículos automotores: “O mesmo não ocorre, no meu entender, com os contratos de concessão de venda de autoveículos, por exemplo. Aqui, qualquer nova empresa montadora concorrente, em razão das características desse mercado, é obrigada a criar a sua própria rede de distribuidores, sem ter que passar pelo canal de distribuição já existente” (op. cit., p. 386).

### 3.11. CONTROLE SOBRE A REVENDA

A consolidação de uma rede distributiva impõe, tanto quanto possível, como já vimos, que a revenda dos produtos seja feita apenas por integrantes dessa rede. A revenda por terceiros, livres dos ônus que a integração à rede implica, é um fator desagregador. Já vimos que a opção dos fornecedores pela distribuição integrada traduz seu interesse em exercer um controle sobre todos os elos da cadeia de comercialização de seus produtos, até chegar ao consumidor final, resguardando a sua imagem e reputação, uniformizando técnicas de divulgação e promoção, garantindo uma adequada prestação de serviços pós-venda por meio dos próprios distribuidores. Mas esses propósitos, perfeitamente lícitos, e os correspondentes esforços seriam em parte anulados, caso o próprio fornecedor fosse-lhes infiel ou permitisse que, a jusante, os distribuidores o fossem. É nessa ordem de idéias que se justificam restrições contratuais, quando não legais,<sup>416</sup> à revenda de produtos pelos distribuidores, nomeadamente, à revenda a outros canais de distribuição não-integrados à rede, como atacadistas e varejistas.<sup>417</sup>

A revenda a comerciantes não-integrados, quer pelo fornecedor, quer pelos distribuidores, possibilitaria uma atuação parasitária daqueles, que se beneficiariam dos esforços e investimentos coletivos da rede na divulgação dos produtos e serviços da marca, sem assumirem, em contrapartida, os respectivos ônus. Demais disso, estaria aberto o caminho para a inobservância da exclusividade territorial outorgada aos distribuidores. Assim, legítima a cláusula que impede esse tipo de operação, eis que coerente com as finalidades da rede.

A restrição em exame, insista-se, somente se afigura razoável, não conflitando com as normas de ordem pública pertinentes à matéria,<sup>418</sup> se for compatível com a forma como o fornecedor estruturou sua rede de distribuição, bem assim com o seu comportamento. A proibição de venda a outros comerciantes só faz sentido no contexto de uma rede integrada. Caso o próprio fornecedor opte por “furar” a rede, vendendo a comerciantes que dela não fazem parte, cairão por terra as limitações impostas aos distribuidores.

---

<sup>416</sup> Lei nº 6.729, art. 12: “O concessionário só poderá realizar a venda de veículos automotores novos diretamente a consumidor, **vedada a comercialização para fins de revenda**” (destaque nosso).

<sup>417</sup> Uma forma de se materializar esse limite consiste em proibir a venda dos produtos em quantidades tais que façam presumir a sua compra para revenda

<sup>418</sup> Dentre as quais, o inciso XI, art. 21, da Lei nº 8 884/94, que trata da imposição, “no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, de preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro **ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros**” (destaque nosso), caso esta configure hipótese prevista no art. 20 do mesmo diploma

Todavia, nessa ordem de idéias, não se sustenta sejam proibidas pelo fornecedor operações de compra e venda entre os distribuidores integrantes da mesma rede de distribuição,<sup>419</sup> ou mesmo entre tais distribuidores e comerciantes de outros canais de distribuição instituídos ou autorizados pelo produtor. Nesse caso, já não há interesse legítimo a justificar a restrição, visto que os produtos comercializados são os da marca e que não se vislumbra qualquer benefício que o consumidor possa sacar de tal restrição.

Vale ainda referir que, no âmbito comunitário europeu, a Comissão considerou válida a proibição de venda de produtos a comerciantes não integrados à rede, sob o pressuposto de que essa prática, caso admitida, viria a esvaziar de sentido todos os esforços tendentes à formação de uma rede especializada. Assim, foi aprovada a restrição em apreço no caso Yves Rocher.<sup>420</sup> Diversamente, no caso Computerland, a proibição de venda dos produtos objeto de distribuição a comerciantes não ligados à rede não se justificava, na medida em que esses produtos não tinham a marca do franqueador, mas eram selecionados por este junto a uma gama de grandes fabricantes.<sup>421</sup> Passando do plano individual ao coletivo, é oportuno ter presente, mais uma vez, o Regulamento CEE nº 4.087/88, no qual se declara que, dentre as cláusulas que, sem embargo de provocarem restrições concorrenciais, revelam-se necessárias ao alcance dos objetivos básicos do acordo, estando, pois, cobertas pela isenção, encontram-se as que prescrevem a revenda apenas a utilizadores finais dos produtos, a outros franqueados e a outros canais de distribuição abastecidos pelo fabricante dos produtos.

<sup>419</sup> Por sinal, a alínea “a”, parágrafo único, art. 12 da Lei nº 6.729 autoriza textualmente as operações entre concessionários da mesma rede de distribuição, as quais, em relação à respectiva quota, não ultrapassem 15% (quinze por cento) quanto a caminhões e 10% (dez por cento) quando aos demais veículos automotores.

<sup>420</sup> “Estas obligaciones [de ajustar-se aos métodos e procedimentos do franqueador e de oferecer os produtos de sua marca] no tendrían sentido si los concesionarios Yves Rocher pudiesen ceder libremente los productos que figuran en el contrato a revendedores que por definición no tienen acceso a los conocimientos técnicos Yves Rocher y que no están obligados a aplicar los métodos comerciales de éste, cuando estas obligaciones son necesaria para establecer y preservar la originalidad y la reputación de la red y de sus signos distintivos” (versão em espanhol, anexo a Esperanza Gallego Sanchez, La franquicia).

<sup>421</sup> “De acuerdo con las específicas circunstancias de este caso, la obligación del franquiciado de vender tan sólo a consumidores finales o a otros franquiciados de Computerland, salvo autorización, es considerada también como restrictiva de la competencia. En ciertos sistemas de franquicia, por ejemplo, cuando los franquiciados venden productos con el nombre y/o marca del franquiciador, la prohibición al franquiciado de revender a los revendedores que no pertenezcan a la red de franquiciados está basada en la legítima preocupación de que el nombre, la marca o la fórmula comercial pueden resultar perjudicados si los productos objeto del contrato fueran vendidos por revendedores que no tuvieran acceso a los conocimientos técnicos propios del franquiciador y no estuvieran vinculados por las obligaciones destinadas a proteger la reputación y la homogeneidad de la red y de sus marcas distintivas” (versão em espanhol, anexo a Esperanza Gallego Sanchez, La franquicia).

### 3.12. CLÁUSULA *INTUITU PERSONAE*

Em virtude da intensidade do relacionamento entre as partes, do grau de colaboração necessário ao bom andamento dos negócios, dos requisitos de ordem financeira e técnica indispensáveis ao desempenho da atividade de distribuição, dentre outros fatores, é freqüente que o fornecedor condicione a transferência do estabelecimento comercial do distribuidor ou qualquer mudança no quadro societário deste (ou, pelo menos, no seu controle), à sua prévia concordância, sob pena de dar término à relação contratual, o que, em princípio, se revela lícito, enquanto mecanismo de controle predestinado a garantir a continuidade da atuação do distribuidor dentro dos padrões da rede. Em outras relações contratuais, inexistentes esses pressupostos, tal condicionamento constituiria indevida intromissão de terceiro em assunto de exclusivo interesse do distribuidor e de seus sócios.

Mas esse controle, no seu exercício, não pode ser arbitrário, sujeitando-se ao estalão da razoabilidade,<sup>422</sup> de acordo com as finalidades que busca alcançar. É funcionalizado, portanto, a essas finalidades, que são, dentre outras, a garantia de uniformidade e de excelência na oferta de bens e na prestação de serviços pós-venda; a garantia da reputação da marca e da rede; a preservação e segurança do *know-how* transferido ao distribuidor.<sup>423</sup> Isso está a justificar, por exemplo, que o fornecedor contraponha-se à transferência do controle do distribuidor para pessoas ligadas a marcas concorrentes (distribuidores ou sócios de distribuidoras de outras marcas, por exemplo), para pessoas que não sejam dotadas de alguma experiência ou conhecimento anterior acerca da atividade,<sup>424</sup> ou ainda para pessoas cuja reputação no mercado seja negativa. Inadmissível, porém, que tente transformar esse mecanismo de controle numa forma de imposição de obrigações ou de obtenção de vantagens adicionais na relação com o distribuidor.<sup>425 426</sup>

Para além desse controle, o fornecedor, especialmente em contratos de franquia, pode exigir que os novos integrantes do quadro societário, ao menos os encarregados da

<sup>422</sup> Echebarría Saénz, El contrato de franquicia, p. 552.

<sup>423</sup> No *affaire Pronuptia*, foram reconhecidas como essenciais à função do contrato de franquia, as cláusulas que possibilitam a transferência de *savoir-faire* sem o risco de que isso venha a beneficiar, ainda que indiretamente, os concorrentes do franqueador. Donde, a proibição ao franqueado de ceder seu estabelecimento sem prévia concordância do franqueador.

<sup>424</sup> A Circular de Oferta de Franquia deve traçar “o perfil do ‘franqueado ideal’ no que se refere a experiência anterior, nível de escolaridade e outras características que deve ter, obrigatória ou preferencialmente” (art. 3º, V, da Lei nº 8.955/94)

<sup>425</sup> Caso em que a conduta do fornecedor poderia ser enquadrada no art. 21, XIV, da Lei nº 8.884/94.

<sup>426</sup> Assinale-se que, contra a recusa abusiva em se autorizar a transferência do estabelecimento a terceiros, o prejudicado pode reagir quer i) postulando a resolução do contrato, com perdas e danos, quer, o que se também nos afigura possível, ii) obtendo uma determinação judicial que obrigue o principal a manter a relação com o novo distribuidor.

gerência da sociedade, submetam-se a treinamentos relacionados à gestão do negócio de acordo com os critérios padronizados para toda a rede.<sup>427</sup>

---

<sup>427</sup> Vale, aliás, destacar que devem constar da Circular de Oferta de Franquia, de que trata a Lei nº 8.955/94, requisitos quanto ao envolvimento direto do franqueado na operação e na administração do negócio (art. 3º, VI) e indicação do que é oferecido ao franqueado no que se refere ao seu treinamento (art. 3º, XII, “c”). Em se tratando de franqueado pessoa jurídica, o envolvimento pessoal e o treinamento dizem respeito aos sócios encarregados da gestão

### 3.13. SALVAGUARDAS À REPUTAÇÃO DA MARCA E DA REDE DE DISTRIBUIÇÃO

A integração do distribuidor à rede controlada pelo fornecedor e a sua condição de representante econômico da marca estão a impor-lhe um especial dever de zelar pela reputação desta. Daí ser comum a previsão contratual de que circunstâncias desabonadoras do distribuidor perante o mercado possam dar ensejo à resolução da relação contratual, caso da falência, da concordata e mesmo da existência de títulos protestados ou do registro de seu nome em cadastros de proteção ao crédito. Importa, pois, ao fornecedor que o distribuidor honre suas obrigações não só para com ele, mas também para com terceiros, públicos e privados.

Tanto mais rigorosa se apresenta tal exigência, quanto maior a identificação do distribuidor com o produto distribuído e, por conseguinte, com o próprio fornecedor. Assim, nos contratos de franquia, em que, perante o público, a individualidade do franqueado praticamente desaparece, a imposição de cláusulas comportamentais voltadas a terceiros, especialmente os consumidores, costuma alcançar um grau de detalhamento e rigor bastante superior ao que se constata nos demais contratos de distribuição.

Saliente-se que o interesse em se exigir um comportamento adequado aos parâmetros da rede não é apenas do seu controlador, mas, também, dos demais distribuidores, especialmente dos que exercem sua atividade na mesma zona ou em zonas contíguas, os quais podem ser prejudicados, por reflexo, pela má qualidade dos bens e serviços oferecidos por um distribuidor vizinho. Cabe-lhes, por isso, a prerrogativa de exigir do principal o exercício, por assim dizer, de um poder de “polícia” intra-rede. Nessa ordem de idéias, a omissão ou leniência deste pode até ensejar sua responsabilização pelos prejuízos causados a esses distribuidores.

### 3.14. ASSISTÊNCIA TÉCNICA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÓS-VENDA

Atualmente, um dos principais fatores a justificar a formação de redes de distribuição integradas consiste na importância de se oferecer ao consumidor, a cargo do próprio distribuidor, um adequado serviço de assistência técnica e de prestação de serviços pós-venda em geral.<sup>428</sup> Realmente, trata-se de um importante diferencial na concorrência, mormente quando os produtos objeto da distribuição revestem-se de maior complexidade técnica, caso dos veículos automotores.<sup>429</sup>

Por sinal, como já acenado em outras partes deste trabalho, há uma tendência, estimulada pelo veloz desenvolvimento da telemática, a transformar-se o distribuidor essencialmente em um prestador de serviços pós-venda, deixando-se em segundo plano, ou mesmo eliminando-se, a sua atividade como comerciante, realizada a venda direta pelo fabricante ao consumidor.

A obrigatoriedade de assistência pós-venda ao consumidor ganha maior consistência com cláusulas que exigem que o distribuidor mantenha instalações, equipamentos e equipe técnica adequados à prestação desses serviços, inclusive os abarcados pela garantia do fabricante, estabelecida por lei e/ou por disposição contratual, ao adquirente.<sup>430</sup>

---

<sup>428</sup> Mesmo em se tratando de representação comercial, é possível impor-se ao agente a prestação de serviços pós-venda, agasalhada, a nosso ver, na dicção ampla do art. 1º da Lei nº 4.886/65, que, na definição da agente, prevê a possibilidade deste, além da intermediação, praticar, ou não, atos relacionados com a execução dos negócios. Pensamos que, numa acepção alargada de “execução dos negócios”, pode ser incluída a prestação de assistência técnica e de outros serviços pós-venda.

<sup>429</sup> A propósito, a Lei nº 6.729/79 é expressa ao englobar no objeto da distribuição de veículos automotores a prestação de assistência técnica, inclusive quanto ao atendimento em garantia ou revisão (art. 3º, II)

<sup>430</sup> Os custos dos serviços prestados pelo distribuidor relacionados a essa garantia são, em regra reembolsados pelo fabricante. Nesse sentido, a Lei nº 6.729, em seu art. 5º, § 4º, estabelece que cabe à convenção de marca fixar os critérios e as condições para ressarcimento da concessionária ou serviço autorizado que prestar os serviços de manutenção obrigatórios pela garantia do fabricante.

### 3.15. CLÁUSULAS RELATIVAS ÀS OBRIGAÇÕES PÓS-CONTRATUAIS, ESPECIALMENTE AS DE SIGILO E DE NÃO-CONCORRÊNCIA

A íntima relação que se estabelece entre fornecedor e distribuidor ao longo da relação contratual, a transferência de conhecimentos sigilosos ao distribuidor, justificam a existência de algumas obrigações específicas de não-fazer para o período pós-contratual. Tais obrigações, quando não estipuladas expressamente, podem decorrer do princípio da boa-fé, em sua função integrativa. Com elas, o fornecedor busca resguardar principalmente os elementos imateriais relacionados à atividade da rede, tais como a marca, os segredos do negócio e a própria clientela.

Quanto aos signos distintivos da atividade, o distribuidor deve abster-se de, finda a relação contratual, continuar usando-os, bem como de dar a entender perante terceiros que continua ostentando a qualidade de integrante da rede.<sup>431</sup>

Cumpre-lhe ainda deixar de revender os produtos da marca, na hipótese de se tratar de rede de distribuição exclusiva, não podendo, em qualquer hipótese, postar-se, findo o contrato, como um terceiro de boa-fé, e alegar que não lhe pode ser oposta a dita exclusividade.<sup>432</sup>

Já o *know-how* transmitido ao distribuidor é resguardado pela obrigação de sigilo a cargo deste, que impõe-lhe tanto o omitir-se de continuar a usá-lo ou difundí-lo, como o evitar que seus prepostos o façam.<sup>433 434</sup>

Finalmente, a proteção à clientela angariada para a rede é obtida mediante a cláusula de não-concorrência pós-contratual.<sup>435 436</sup> Quanto a tal restrição, à luz do princípio constitucional da liberdade de estabelecimento ou de iniciativa econômica, entende-se que ela, para valer, deve decorrer da própria natureza do negócio e estar limitada no tempo e no espaço.<sup>437</sup> Anote-se que, recentemente, tem-se introduzido uma

<sup>431</sup> Usando expressões tais como “distribuidor exclusivo”.

<sup>432</sup> Adiante falaremos sobre o destino dos estoques existentes ao tempo do término da relação contratual.

<sup>433</sup> Dentre outras tantas informações que devem compor a Circular de Oferta de Franquia, a Lei nº 8.955/94, em seu art 3º, XIV, “a”, refere-se à situação do franqueado, após a expiração do contrato de franquia, em relação a “*know-how* ou segredo de indústria a que venha a ter acesso em função da franquia”.

<sup>434</sup> Muito embora, reconheça-se, a dificuldade prática para se fiscalizar o cumprimento dessa obrigação não seja desprezível.

<sup>435</sup> Assinale-se que a existência de uma cláusula de não-concorrência pós-contratual, como veremos adiante, é um fator a ser considerado na eventual atribuição ao distribuidor de uma compensação pela clientela que deixar na rede. Realmente, se este é impedido de continuar atuando no mesmo setor de atividade, é lícito presumir que o propósito do fornecedor é evitar que ele atraia a clientela formada ao longo de sua atividade, desviando-a do âmbito da rede de distribuição. Mas a esse assunto voltaremos adiante.

<sup>436</sup> Da Circular de Oferta de Franquia, nos termos da Lei nº 8.955/94, deverão constar informações sobre a situação do franqueado, em relação a “implantação de atividade concorrente da atividade do franqueador” (art 3º, XIV, “b”)

<sup>437</sup> Nesse sentido, Assis Gonçalves, Direito Comercial, p. 256: “Para a validade e eficácia de tais ajustes, também restritivos da concorrência, é preciso, já aí, a) que sejam adjetos de negócios jurídicos de cuja essência decorra



exigência mais geral de legitimidade e proporcionalidade da obrigação em apreço, sob a ótica dos interesses passíveis de proteção por meio dela.<sup>438</sup> Assim, por exemplo, pode-se revelar bastante uma simples exigência de que o distribuidor mude o endereço de seu estabelecimento para outro local situado a uma distância mínima do anterior.

O tema também desperta a atenção sob o ponto de vista dos outros interesses que o Direito Econômico visa resguardar. Não é apenas a liberdade econômica do distribuidor que está em jogo. Pretende-se, também, evitar os prejuízos a terceiros, especialmente os consumidores, que a restrição contratual à concorrência pode acarretar.

É oportuna, novamente, a referência ao tratamento da matéria no âmbito comunitário. No multicitado *affaire Pronuptia*, o TJCE considerou necessária à proteção do *savoir-faire* do franqueador a proibição ao franqueado de abrir estabelecimento com objeto idêntico ou similar ao da franquia, dentro de um período razoável após o término do contrato, em território no qual pudesse concorrer com os demais franqueados. Por sua vez, a Comissão, nas suas decisões individuais sobre a validade de contratos-tipo de franquia,<sup>439</sup> também reconheceu a validade de cláusulas que limitam temporariamente (prazo de um ano) a concorrência pós-contratual pelo ex-franqueado, como forma de mitigar a possível utilização do *savoir-faire* que lhe foi transmitido em favor de produtos concorrentes.<sup>440</sup> Esse entendimento foi acolhido no Regulamento CEE nº 4.087/88, admitindo-se, como necessária à proteção do *savoir-faire*, a obrigação de não-concorrência pós-contratual, que pode ser exigida pelo período de até um ano após o encerramento do contrato, no território onde o franqueado explorava sua franquia.

Advirta-se, por fim, que, caso a rede não venha a ocupar, em razoável espaço do tempo, o território do ex-distribuidor, a restrição a que ele mesmo atue no dito território afigura-se ilegítima. É que, em tal situação, terá deixado de haver um interesse real a justificar a cláusula, e o prejuízo maior será para o próprio consumidor.

---

naturalmente a proibição de competir; e b) que estabeleçam, dentro de critérios razoáveis, o período e a área geográfica de sua incidência”

<sup>438</sup> Nesse sentido, Yves Serra, *Les fondements et le régime de l’obligation de non-concurrence*, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, a 51, n. 1, p 7-15, jan./mar 1998, p. 14, refere-se a decisões da Cassação Francesa

<sup>439</sup> *Pronuptia*, Yves Rocher, Computerland, ServiceMaster e Chales Jourdain.

<sup>440</sup> A propósito, o pronunciamento no caso Yves Rocher: “48) Otro tanto ocurre con la cláusula del contrato que prohíbe al antiguo concesionario Yves Rocher durante un año después del término del contrato, ejercer una actividad detallista de productos cosméticos en su antiguo territorio exclusivo. Esta previsión tiene simplemente por objeto impedir que los productos competidores de Yves Rocher se aprovechen de los conocimientos técnicos transmitidos por Yves Rocher al antiguo concesionario y de la clientela captada gracias a éstos, y a los signos distintivos Yves Rocher ” (anexo a Esperanza Gallego Sanchez, *La franquicia*)

## CAPÍTULO 4 - TÉRMINO DA RELAÇÃO CONTRATUAL

### 4.1. ATUALIDADE E CANDÊNCIA DO PROBLEMA DA CONTINUIDADE DOS CONTRATOS DE DURAÇÃO

Questão da maior importância em se tratando de contratos de duração, e, em especial, daqueles que exigem maior colaboração entre as partes e chegam a gerar integração – a formar o núcleo deste trabalho – diz respeito ao término da relação contratual.<sup>441</sup>

<sup>441</sup> Antes de prosseguirmos, é importante proceder a um prévio esclarecimento terminológico, em ordem a evitar o baralhamento de noções, obstáculo tão freqüente nas discussões jurídicas. Entendemos por “denúncia” a declaração de uma das partes, em contratos de duração por tempo indeterminado, de seu desinteresse em prosseguir na relação contratual. Trata-se de um direito formativo extintivo próprio aos contratos por tempo indeterminado, cujo exercício não está condicionado a um fato, imputável ou não a um dos contratos, que impeça o prosseguimento da relação, como se dá na resolução contratual. Com um sentido ainda mais abrangente há quem afirme haver denúncia da relação contratual, quando uma das partes se recusa a renovar o contrato que, por cláusula contratual, era renovável ao fim de seu período inicial. Nesse sentido, Antunes Varella, *Das obrigações em geral*, v. II, 5 ed., Coimbra, Almedina, 1992, p. 279, para quem a denúncia é “a declaração feita por um dos contraentes, em regra com certa antecedência sobre o termo do período negocial em curso, de que não quer a renovação ou a continuação do contrato renovável ou fixado por tempo indeterminado”. Similar a definição apresentada por Ruy Rosado Aguiar Júnior, *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*, Rio de Janeiro, Aide, 1991, p. 69: “A denúncia é a denominação que se dá ao exercício do direito formativo-extintivo de desfazimento das obrigações duradouras, contra a sua renovação ou continuação, independentemente do inadimplemento da outra parte, nos casos permitidos na lei ou no contrato”. Afirma-se que a denúncia não põe fim ao contrato, mas à relação contratual. Com isso, quer-se significar que a denúncia não implica numa eliminação do contrato do mundo jurídico, num apagamento de seus efeitos, eis que os pretéritos se mantêm, não sendo desconstituídos, podendo ainda ser gerados efeitos futuros. Nesse sentido, Varella, *op. cit.*, p. 272, Galgano, *Il negozio giuridico*, p. 466; e Araken de Assis, *Resolução do contrato por inadimplemento*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 69. A denúncia, portanto, tem eficácia *ex nunc*, vale dizer, apenas impede que o contrato continue a produzir efeitos, a gerar obrigações para o futuro. A denúncia, motivada ou imotivada, não pressupõe a ocorrência de fato impeditivo da continuidade da relação contratual. Ela pode operar-se mesmo quando as prestações, até então, vinham sendo regularmente adimplidas. Ao contrário, a resolução deriva de fatos supervenientes à formação do contrato, que impedem o cumprimento das obrigações assumidas, em prejuízo de um ou de ambos os contratantes, fatos estes que podem ser ou não imputáveis a uma das partes. Na definição de Antunes Varella, *op. cit.*, p. 273 “A resolução é a destruição da relação contratual, operada por um dos contraentes, com base num facto posterior à celebração do contrato”. Igualmente, Darcy Bessone, *Do contrato: teoria geral*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 248, que identifica essa utilização do termo nos arts. 119, 647, 865, 869, 879 e 923 do Código Civil brasileiro. Se a resolução for motivada pelo inadimplemento culposos da prestação a cargo de uma das partes, ela virá acompanhada de uma pretensão indenizatória da qual é titular o contratante prejudicado. Como gênero, a resolução abarca contratos instantâneos e contratos de duração. Para os contratos instantâneos, fala-se em resolução, como espécie, cuja eficácia é *ex tunc*, procurando restituir as partes à posição anterior ao contrato, como se ele não tivesse existido. Para os contratos de duração, fala-se em rescisão, que não implica desfazimento das prestações já realizadas ou restituição das partes ao *status quo ante*, mas impede, tal como a denúncia, a continuidade da relação contratual. Essa é a significação atribuída por Araken de Assis, *op. cit.*, p. 69. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *op. cit.*, p. 70, de forma similar, chama de rescisão a denúncia do contrato de duração fundada no incumprimento. Já Orlando Gomes, *Contratos*, p. 204, identifica a rescisão com a denúncia, declarando tratar-se de “dissolução do contrato por simples declaração de vontade de uma ou das duas partes contratantes”, sendo cabível nos contratos de execução continuada por tempo indeterminado (p. 206). Também Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, v. XXXVIII, Rio de Janeiro, Borsoi, 1955, p. 331, equipara a rescisão à denúncia. É nessa acepção, por sinal, que o projeto do Código Civil, em seu art. 473, fala em rescisão. É comum também se falar em rescisão do contrato, com sentido equivalente ao de resolução. O próprio legislador o faz. Assim dispõe o parágrafo único, art. 1.092, do Código Civil: “A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos” (mas o projeto de Código Civil, para a mesma hipótese, faz uso do termo “resolução”, em seu art. 475). O uso da expressão nesse contexto não escapou à crítica de Pontes de Miranda, *op. cit.*, p. 337. Parte da doutrina, porém, busca circunscrever a aplicação do termo às hipóteses em que a causa da extinção é anterior ou contemporânea ao contrato, residindo na lesão ou no estado de necessidade. Araken de Assis, *op. cit.*, p. 73, lembra que, no Código Civil italiano, os casos de rescisão e resolução são claramente distinguidos da rescisão, nos casos de contrato concluído em estado de perigo ou de necessidade, tratam, respectivamente, os arts. 1.447 e 1.448 daquele diploma, da resolução, o art. 1.453. Este autor, p. 72, entende que a rescisão consiste em modalidade de extinção do contrato por defeito anterior à contratação, consistente nas hipóteses clássicas de lesão, estado de necessidade e vício no objeto do contrato. Orlando Gomes, *op. cit.*, p. 190, após identificar a rescisão com a resolução, vem depois a conceituá-

Como já vimos, os contratos de duração se caracterizam pelo fato de as prestações contratuais se repetirem no tempo, sem que isso cause uma redução progressiva do conteúdo do contrato, que permanece o mesmo durante todo o seu curso.<sup>442</sup> Ao contrário, nos contratos em que a prestação é instantânea, simplesmente diferida no tempo ou ainda parcelada, o adimplemento esgota o seu conteúdo, ressaltadas garantias e deveres de conduta que subsistem ao cumprimento da prestação. Essa diferença é relevante, dentre outras razões, para se estabelecer o momento do término normal da relação entre as partes. As relações contratuais que envolvem prestação instantânea têm seu fim natural com o adimplemento. Tal já não se dá com as relações duradouras, nas quais a prestação, por se repetir no tempo, não põe fim ao contrato. O adimplemento é contínuo e não esgota, como dito, o conteúdo da relação contratual. Assim, o término desta acaba sendo resultado ora da limitação temporal expressa do contrato, e temos aí os contratos de duração determinada, ora, faltando esse limite temporal, da possibilidade de uma ou de ambas as partes declararem não ter mais interesse no prosseguimento da relação, e trata-se, então, de contratos de duração indeterminada.

Em tese, no contrato de duração por tempo determinado, o simples advento do termo estabelecido seria suficiente para levar automaticamente ao encerramento da relação contratual, sem necessidade de qualquer manifestação de vontade das partes nesse sentido: a partir da data prevista no contrato, as partes estariam libertas do vínculo contratual.

Já no contrato por tempo indeterminado, em homenagem ao princípio da liberdade contratual, a impossibilitar os vínculos tendencialmente perpétuos, sobre cujo significado e alcance atual teremos mais o que dizer adiante, qualquer das partes, a seu talante, poderia, por singela declaração de vontade, desprovida de outra motivação que não o seu próprio desinteresse em continuar vinculada à outra, dar por finda a relação contratual.

Todavia, em resposta a notáveis influxos sócio-econômicos, legislação, jurisprudência e doutrina têm atuado na direção de reduzir, quando não eliminar, essas diferenças.<sup>443</sup> Quanto a alguns contratos por tempo determinado, é comum, por exemplo,

---

la como a forma específica de extinção do contrato nos casos de lesão. Igualmente, Ruy Rosado Aguiar Júnior, op cit, p 66, reserva o termo para o caso em que o contrato é celebrado com desproporção gritante entre as prestações. Também nós optaremos por acolher essa acepção mais estrita, não usando de forma intercambiável as expressões “resolução” e “rescisão”.

<sup>442</sup> V nota \*\*\*\*\*

<sup>443</sup> Segundo Rafael Encinas de Munagorri, *L’acte unilatéral dans les rapports contractuels*, Paris, LGDJ, 1996, p 120 “L’absence de clarté de la distinction selon la durée des contrats apparaît aussi bien pour le contrat à durée indéterminée que pour celui à durée déterminée. D’une part, en effet, le contrat à durée déterminée se présente parfois comme pouvant être indéfiniment reconduit (A), d’autre part, le contrat conclu sans détermination de durée semble pouvoir

que leis disponham sobre a sua convolação, ao termo previsto no instrumento, em contratos por tempo indeterminado. Passa-se, por outro lado, a exigir que a parte desinteressada no prosseguimento da relação contratual para além do termo manifeste essa vontade à outra com certa antecedência ao advento desse termo. Por sua vez, os contratos por tempo indeterminado passam a ter maior estabilidade, limitando-se a possibilidade de qualquer das partes encerrarem-no a qualquer momento, desconsiderando o interesse da outra. Nesse sentido, construções legislativas e jurisprudenciais estabelecem, por exemplo, a necessidade de se respeitar a posição da outra parte, seja evitando a ruptura abrupta da relação, donde nasce a obrigação de aviso prévio, seja observando um prazo mínimo de duração do contrato, sem o qual não será possível a razoável satisfação dos interesses em jogo. Assim, o contrato por tempo indeterminado, em alguns casos, pode ter uma duração mínima determinável, ultrapassada a qual, aí sim, passaria, de fato, a ser por tempo indeterminado.

O problema fundamental, em matéria de término da relação duradoura, de tempo determinado ou indeterminado, consiste no eventual interesse de uma das partes em dar prosseguimento ao contrato, quando a outra não mais o deseja. Eis aí a razão de um vastíssimo contencioso acerca desses contratos,<sup>444</sup> a ensejar múltiplas intervenções legislativas.

Sem qualquer dúvida, o caso mais importante em que se apresenta esse conflito de interesses, pelos valores em cena, é o da relação de trabalho, cuja continuidade é fundamental para garantir a subsistência do trabalhador. De um lado, há o empregador, para quem a maior flexibilidade do vínculo propicia um formidável instrumento de controle sobre os empregados, bem assim a possibilidade de adequar continuamente a quantidade/qualidade de mão-de-obra empregada ao nível e à complexidade da atividade econômica, e, de outro, o empregado, que busca resguardar a estabilidade no emprego, evitando a quase morte civil provocada pelo desemprego. Historicamente, a resolução desse conflito varia ao sabor da concepção econômica dominante em uma sociedade. O liberalismo do século passado postulava a mobilidade máxima de todos os fatores de produção, com o fito de obter a maior eficácia econômica. Nesse contexto, era importante que a mercadoria “força de trabalho” fosse facilmente adquirível e dispensável. Contudo, o acirramento dos conflitos sociais e o fortalecimento da classe trabalhadora operou mudanças nesse panorama, dando origem a uma legislação que, dentre outras proteções ao empregado, buscou estabilizar o vínculo de emprego.<sup>445</sup>

---

être assorti d'un terme (B)”. Jacques Azéma, *La durée des contrats successifs*, Paris, LGDJ, 1969, p. 187, nota que a lei tem suprimido parte da eficácia do termo final no contrato por tempo determinado e, de outra parte, a jurisprudência, fazendo uso da noção de abuso de direito, tem estabilizado o contrato por tempo indeterminado.

<sup>444</sup> Contencioso que, como tem noticiado a imprensa, vem-se multiplicando em matéria de contratos de distribuição

<sup>445</sup> Interessante notar que a estabilização do vínculo empregatício, bem como a concessão de outros direitos trabalhistas, provoca um movimento de fuga às relações empregatícias, conhecido entre nós pelo deselegante neologismo “terceirização”. As grandes empresas buscam reduzir seu quadro fixo de empregados, transferindo a fixidez e os ônus das relações de emprego a empresas contratadas, que podem ser dispensadas a qualquer momento, mediante denúncia

Outro caso ilustrativo do conflito em torno da permanência da relação contratual duradoura contrapõe locadores e locatários, estes pretendendo garantir a continuidade do contrato, aqueles, pelo contrário, desejando um vínculo flexível, garantia de obtenção do melhor retorno sobre o seu patrimônio. A intervenção legislativa orientou-se no sentido de proteger o interesse à moradia, nas locações residenciais, e o fundo de comércio, nas locações comerciais.

Um terceiro leque de casos diz respeito às relações de consumo, que passaram, muito mais recentemente, a ser objeto de um novo ramo do Direito. Também aqui se verifica uma nítida tendência à estabilização do contrato, desta feita em prol do consumidor, considerado como parte hipossuficiente, a merecer um especial regime protetivo frente ao fornecedor de bens e serviços. Essa proteção passa pelo estabelecimento de alguns limites à denúncia de contratos de duração pelo fornecedor, sobretudo de um aviso prévio,<sup>446</sup> pela fixação de um prazo mínimo de duração do contrato, pela renovação automática do contrato, chegando mesmo a impossibilitar a denúncia, à falta de justa causa.<sup>447</sup> E, para além de regras gerais, alguns contratos específicos de consumo têm sido submetidos a uma normativa ainda mais rígida, a ponto de se refrear a própria faculdade de resolução do contrato, quando o consumidor deixa temporariamente de cumprir a prestação financeira que lhe compete.<sup>448</sup>

Assim, trabalho, moradia, saúde, educação são bens que, dada a sua importância existencial, reconhecida pela Constituição, que os erige à categoria de direitos fundamentais, estão a exigir mecanismos protetivos, na esfera contratual, garantidores da maior estabilidade do seu gozo. Em outras palavras, aos contratos que os envolvem, típicos contratos de duração, impõe-se uma maior fixidez, em detrimento dos interesses do empregador, locador, e prestador dos serviços de saúde e educação, sendo seriamente afetada a liberdade de uma das partes de desvincular-se da relação

---

unilateral. Não tardou, porém, e é o que temos assistido atualmente, a que o problema da estabilidade do vínculo se recolocasse, agora no plano das relações intercorporativas.

<sup>446</sup> Por exemplo, no plano comunitário europeu, a *Directive on Unfair Contract Terms* inclui, na lista de cláusulas suspeitas que a acompanha, a que permite ao fornecedor pôr fim a contrato de duração indefinida sem razoável notícia prévia, salvo se fundado o ato em sérias razões.

<sup>447</sup> Nesse sentido, o Decreto nº 2.187/97, que traz um elenco de cláusulas e condições consideradas abusivas em contratos de consumo, refere-se, no inciso X de seu art. 22, à cláusula que “autorizar o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor, ou permitir, nos contratos de longa duração ou de trato sucessivo, o cancelamento sem justa causa e motivação, mesmo que dada ao consumidor a mesma opção”.

<sup>448</sup> Assim, a Lei nº 9.656/98, que regula os planos de saúde, estabelece, em seu art. 13, diversas normas acerca da estabilidade do contrato: estabelecimento de prazo mínimo de um ano; renovação automática do contrato, por ocasião do advento de seu termo final; impossibilidade de suspensão ou denúncia unilateral do contrato, salvo fraude ou não pagamento de mensalidades por prazo superior a 60 (sessenta) dias, e, mesmo neste caso, se o consumidor não se encontrar internado. Nos contratos de planos de saúde, adverte Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, p. 538, um dos desideratos, com a estabilização do contrato, é evitar que o prestador dos serviços se desvencilhe da relação, quando o consumidor passa, por conta de uma série de circunstâncias (idade, doença crônica etc.), a demandar atendimento com mais frequência.

contratual duradoura. Como afirma LORENZETTI, a presença de um direito fundamental provoca importantes alterações na lógica contratualista.<sup>449</sup>

Chegamos aos contratos de distribuição, nos quais o conflito de interesses quanto à sua duração também é facilmente discernível.<sup>450</sup> O fornecedor bem sabe que a melhor maneira de exercer controle sobre a atividade do distribuidor consiste em ter sempre à mão a possibilidade de pôr fim à relação contratual. O distribuidor, por sua vez, coloca-se numa posição em que o término do contrato pode significar o encerramento de sua atividade econômica, com todos os prejuízos que isso acarreta.

Contrariamente às tentativas de estabilização destes contratos, argumenta-se que isso provocaria um indesejável engessamento da rede de distribuição, “cartorializando”, por assim dizer, a atividade dos distribuidores, mormente quando favorecidos por cláusulas de exclusividade territorial. A proteção do distribuidor seria, então, economicamente contraproducente, gerando ineficácia na alocação de recursos produtivos e prejudicando, em última análise, o próprio consumidor.<sup>451</sup> A perpetuação do liame entre distribuidor e produtor, resultante de normas jurídicas, seria incompatível com o sistema capitalista, que, já dissemos, reclama o maior grau de liberdade possível na circulação das forças produtivas. Ademais, as relações entre produtor e distribuidor, ambos empresários, não revelariam o mesmo grau de desequilíbrio existente entre patrão e empregado. Não seria lícito, pois, presumir a debilidade ou hipossuficiência do distribuidor.<sup>452</sup> O mesmo argumento, como veremos, desautorizaria qualquer tentativa de aplicar analogicamente o estatuto dos representantes comerciais, que se encontram, de certa forma, em situação intermediária entre um empregado e um empresário autônomo, aos concessionários e distribuidores.

Em sentido oposto, são ponderáveis as razões que justificam a criação de mecanismos de manutenção do vínculo, ou, quando menos, de ressarcimento de prejuízos sofridos pelo distribuidor e de compensação daquilo que deixar na rede, por ocasião de seu desate. Integrado à rede de distribuição, o distribuidor associa seu

<sup>449</sup> Fundamentos do Direito Privado, p. 369. Eis, aqui, uma das projeções da “horizontalização” dos direitos fundamentais, da constitucionalização do Direito Privado, a impregnar os institutos de Direito Privado de direitos e garantias antes exigíveis ou oponíveis apenas aos entes públicos. Sobre a eficácia “horizontal” (isto é, nas relações entre particulares) dos direitos fundamentais, v. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 1997, p. 1.150 e seguintes.

<sup>450</sup> Como, por sinal, bem observa Ferrier, *Droit de la Distribution*, p. 343, o problema do término da relação contratual é aquele que mais aproxima os contratos distributivos em exame.

<sup>451</sup> Para Fauceglia, *Il franchising ...*, p. 87: “Sembra corretto, invece, ritenere che gli ostacoli frapposti all’efficienza allocativa, inerenti ad una eccessiva e forzata stabilizzazione del franchisee, finirebbero per ritorcersi proprio a danno dei consumatori”. Admite, porém, que uma duração muito curta dos contratos pode ser prejudicial aos consumidores, especialmente no que toca à garantia do produto (p. 90).

<sup>452</sup> Fauceglia, *op. cit.*, p. 96, não reconhecendo a debilidade do distribuidor, contrapõe-se, por isso mesmo, à idéia de se lhe conferir um estatuto privilegiado no que pertine ao problema da duração do contrato, nos moldes do existente nos contratos de trabalho e de locação. Na mesma ordem de idéias, Pardolesi, *I contratti* . . . , p. 321, para quem o argumento da debilidade estrutural do distribuidor seria inaceitável, para justificar um regime protetivo deste em matéria de duração do contrato.

estabelecimento a uma determinada marca de bens ou serviços. Ele tanto se aproveita do prestígio da marca, como ajuda a aumentá-lo ou mesmo a introduzi-la em zona ou região virgem à exploração. Findo o contrato, é comum que o resultado dos esforços do distribuidor continue beneficiando a rede e, mais precisamente, o seu controlador. Isso implica que o fundo de comércio do distribuidor é esvaziado em seus principais aspectos: perde-se a clientela;<sup>453</sup> tornam-se inúteis as instalações e equipamentos instrumentalizados à distribuição.

Sopesados os prós e contras à estabilização do vínculo contratual, conclui-se que seria despropositado qualificar o distribuidor como um hipossuficiente, pelo menos como um hipossuficiente na mesma categoria dos empregados e consumidores. Acresce que não estão em jogo certos bens jurídicos que, pela sua estatura constitucional, exigem uma maior refreamento da autonomia privada. Mas, por outro lado, a depender do grau de integração do distribuidor na rede controlada pelo fornecedor, não se pode, pura e simplesmente, remeter o trato da matéria ao regime geral de terminação das relações contratuais duradouras, em especial, daquelas por tempo indeterminado.

Em termos mais amplos, o problema da terminação do contrato deve ser examinado à luz dos princípios gerais do Direito dos Contratos: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual.<sup>454</sup> O primeiro, tributário da idéia de liberdade contratual, tão cara à doutrina privatista desde o século XVII, tem como um de seus corolários a inexistência, em matéria contratual, de vínculos perpétuos, isto é, a idéia de não-perpetuidade das relações contratuais,<sup>455</sup> que também responde às exigências de uma economia de mercado, na qual, em oposição ao regime de fixidez de bens e de pessoas típico do feudalismo, postula-se ampla liberdade de circulação para os agentes econômicos e as mercadorias, incompatível com a existência de vínculos contratuais indissolúveis. A forma como isso se manifesta no Direito positivo consiste justamente na liberdade de denúncia dos contratos de duração por tempo indeterminado e de não-renovação dos contratos por tempo determinado.

Porém, a possibilidade de denúncia é, atualmente, temperada por outros princípios e exigências, o que lhe retira o caráter de incondicionalidade, que repousava sobre a idéia de não-perpetuidade. Assim, como veremos em pormenor adiante, a partir do princípio da boa-fé surgem limites ao exercício dos poderes conferidos pelo contrato ou pela lei. Impede-se, com base nele, a denúncia, não-renovação ou resolução abusivas do

<sup>453</sup> Não estamos a afirmar, bem entendido, que a clientela seja um elemento que compõe o fundo, um bem passível de apropriação pelo empresário

<sup>454</sup> Sobre o significado e alcance de cada um desses princípios, bem como sobre suas recíprocas influências e seu balanceamento, a imprescindível obra de Fernando Noronha, *O Direito dos Contratos*

<sup>455</sup> Para Cagnasso, *La concessione di vendita*, p. 115, teríamos aí um princípio geral dos contratos de duração, extraído, no Direito italiano, de diversas normas do Código Civil. Segundo Galgano, *Il negozio giuridico*, p. 134, a inadmissibilidade de vínculos perpétuos é um princípio de ordem pública.

contrato. Será contrário à boa-fé, por exemplo, o término do contrato em tempo e condições que obstaculizem o cumprimento de suas funções. Há também uma crescente preocupação com o equilíbrio do contrato, em homenagem à idéia de justiça comutativa, da qual igualmente se deduzem limitações à faculdade de se pôr fim à relação contratual. Para o desequilíbrio genético do contrato, há o instituto da lesão.<sup>456</sup> Em se tratando de desequilíbrio funcional, foi recuperada a idéia da cláusula *rebus sic stantibus*, e desenvolvidas teorias como a da imprevisão e a da base negocial. Em ambos os casos, a solução para o problema, se não houver revisão do contrato, é a sua rescisão (desequilíbrio genético) ou a sua resolução (desequilíbrio funcional). Todavia, o desequilíbrio pode surgir não antes nem durante o contrato, mas por ocasião de seu término. Realmente, a depender do momento em que se extinga a relação, uma das partes poderá ainda não ter sequer recuperado seus investimentos em capital, treinamento etc., ao passo que a outra já terá logrado resultados positivos com o negócio. Ademais, poderá acontecer de uma parte continuar a tirar benefícios do esforço da outra, sem remunerá-la. Em casos tais, a solução ideal, ao contrário do que se dá nas hipóteses de desequilíbrio genético ou funcional, não seria dar fim à relação contratual ou modificar o conteúdo do contrato, ajustando-o às condições vigentes, mas, pelo contrário, garantir a sua permanência nas mesmas bases. Em não sendo isso possível, há que, pelo menos, se propiciar indenização à parte prejudicada, relativamente aos prejuízos decorrentes do término do contrato, e compensação pelos benefícios permanentes que seu esforço tiver carreado para a rede. Enfim, enquanto em alguns casos o princípio da justiça comutativa postula o encerramento ou modificação da relação contratual, em outros, sua plena realização estaria a reclamar justamente o inverso, isto é, o prosseguimento da relação, em ordem a evitar que uma das partes seja prejudicada com o seu fim em momento impróprio.

Há que proceder, portanto, pelo concerto e ponderação dos princípios da autonomia privada, boa-fé e equilíbrio contratual,<sup>457</sup> a uma distribuição mais equânime dos ônus decorrentes do término do contrato, seja limitando-se a faculdade de unilateralmente se pôr fim à relação contratual, seja garantindo-se à parte prejudicada pelo término uma indenização pelos prejuízos sofridos e/ou uma compensação pelos benefícios transferidos à rede.

Do que se expôs, infere-se que o princípio da liberdade contratual também vai sendo progressivamente erodido em um de seus corolários, que é a possibilidade dos contratantes porem fim às relações contratuais por tempo indeterminado, sem que isso

<sup>456</sup> Recepcionado pelo projeto de Código Civil.

<sup>457</sup> Sobre essa ponderação, orientada pelo princípio da proporcionalidade, vale transcrever o magistério de Canotilho, Direito Constitucional e teoria da Constituição, p. 264: “O campo de aplicação mais importante do princípio da proporcionalidade é o da restrição dos direitos, liberdades e garantias por actos dos poderes públicos. **No entanto, o domínio lógico da aplicação do princípio da proporcionalidade estende-se aos conflitos de bens jurídicos de qualquer espécie**” (destaque não consta do original).



venha a gerar qualquer responsabilidade em seu desfavor. A idéia de não-perpetuidade das relação contratuais vai, aos poucos, deixando de implicar, em diversos contratos, que qualquer das partes possa valer-se da chamada denúncia vazia, isto é, desprovida de qualquer justificativa. Diversamente, ganha vulto, primeiro no âmbito dos microssistemas contratuais,<sup>458</sup> mas com tendência expansiva, a exigência de que a quebra do vínculo duradouro seja fundada em adequada motivação.<sup>459</sup>

Procuraremos, agora, investigar o leque de soluções existentes para o conflito entre distribuidor e fornecedor, tanto as positivadas pelo legislador e pela jurisprudência, como aquelas alvitradas pela doutrina.

---

<sup>458</sup> A força expansiva desses microssistemas e as suas virtualidades auto-integrativas, por via da analogia intra-sistemática, tornam residual a aplicação do Código Civil: “Il codice civile interviene solo quando l’energia normativa del micro-sistema è completamente evolta ed esaurita” (Natalino Irti, *Leggi speciali* ..., p. 149)

<sup>459</sup> Não necessariamente a mesma motivação que ensejaria a resolução do contrato, por inadimplemento da outra parte ou por perda de objeto

## **4.2. SOLUÇÕES LEGAIS PARA O TÉRMINO DA RELAÇÃO CONTRATUAL**

Os problemas relacionados ao término dos contratos de distribuição têm merecido tratamento por parte do legislador forâneo e nacional. Todavia, em muitos casos, as intervenções legislativas têm sido limitadas a algumas espécies de contratos, nomeadamente aos contratos de agência.

Sem o propósito de fazer um levantamento exaustivo das soluções adotadas pela legislação estrangeira, colacionaremos, a seguir, alguns exemplos do tratamento conferido ao tema em outros países e no Brasil.

#### 4.2.1. REGIME DE TÉRMINO DA RELAÇÃO DE AGÊNCIA COMERCIAL

O agente comercial, dentre os profissionais da distribuição, é, já o dissemos anteriormente, a figura que tem suscitado maior atenção do legislador. Isso se explica, ao menos em parte, em razão de, tradicionalmente, ter sido ele enquadrado numa posição intermediária entre o empregado encarregado de angariar clientela ou vender produtos fora do estabelecimento e o comerciante autônomo.<sup>460</sup> É que, no desempenho de sua atividade, preponderaria o trabalho pessoal próprio, tendo menor relevo a existência de uma organização econômica sob sua direção, o que, diga-se de passagem, hoje já não corresponde bem à verdade. Ademais, o agente angaria clientela diretamente para o fornecedor, enquanto outros distribuidores reúnem a clientela em torno de seu estabelecimento comercial, e realizam operações diretamente com ela. Justamente em vista disso, é bastante palpável o risco de o produtor dar por findo o contrato de agência, mas continuar a fazer negócios com a clientela angariada pelo agente, sem a necessidade de lhe pagar comissões daí em diante. Generalizou-se, pois, a preocupação de se atribuir ao agente uma indenização ao final do contrato, ora com a finalidade principal de ressarcir-lhe os prejuízos, independentemente de a clientela continuar ligada ao produtor, ora dando-se maior importância ao fato de o produtor continuar extraindo benefícios da sua atividade, isto é, manter a clientela angariada pelo agente, realizando novos negócios com ela.

A Alemanha foi pioneira na modelagem de um regime legal do contrato de agência, contemplado nos §§ 84 a 92 de seu Código Comercial. Originalmente, lá se encontrava norma dispositiva sobre a concessão de aviso prévio na denúncia de contrato por tempo indeterminado. Mas a tratativa inicial não denotava o reconhecimento de um vínculo de dependência do agente ao principal.<sup>461</sup> Todavia, com a reforma introduzida pela Lei de 6 de agosto de 1953, que modificou o Código Comercial, houve uma mudança de enfoque, traduzida na irrenunciabilidade das normas protetivas do agente.<sup>462</sup> Além disso, em cumulação ao aviso prévio (com prazo variável conforme a duração do contrato), este diploma estipulou um direito a compensação razoável do agente ao término do contrato, condicionada, dentre outras circunstâncias, ao fato de o principal continuar extraindo vantagens do trabalho pretérito do agente.<sup>463</sup> Essa compensação é limitada à média das

<sup>460</sup> Na Itália, relata Pardolesi, I contratti..., p. 136, a agência esteve sujeita à *vis attractiva* do Direito do Trabalho, o que influenciou notavelmente na moldagem de seu regime jurídico naquele país.

<sup>461</sup> Ibidem, p. 100.

<sup>462</sup> Ibidem, p. 108.

<sup>463</sup> “Art. 89b. Derecho a la indemnización.

1) El agente de comercio puede, luego de la terminación del contrato, demandar al empresario una compensación razonable si:

i) El empresario obtuvo una ventaja sustancial luego de la expiración del período contractual, de las relaciones con la clientela desarrollada por el agente de comercio.

comissões anuais pagas ao agente nos últimos cinco anos (ou período pelo qual vigorou o contrato, caso inferior a cinco anos). O direito se perde, caso a denúncia tenha sido feita pelo produtor com base em justa causa, ou, pelo contrário, o agente tenha dado fim à relação, salvo por justa causa ou por impossibilidade de dar prosseguimento ao contrato, em razão de idade ou de abalo de saúde.

O Código Civil italiano de 1942 regula o contrato de agência nos arts. 1.742 a 1.753.<sup>464</sup> Em sua atual redação,<sup>465</sup> o Código estabelece, no tocante ao contrato por tempo indeterminado,<sup>466</sup> o direito à sua denúncia, precedido de aviso prévio com prazo variável de acordo com a duração do contrato.<sup>467</sup> Ademais, se o término do contrato não se der por razão imputável ao agente (resolução contratual) ou se não parte deste (ressalvada a hipótese de resolução por fato imputável ao principal ou de impossibilidade de prossecução da atividade, pelo agente, em razão de doença e outras circunstância impeditivas), é-lhe devida uma indenização, de acordo com critérios similares aos dispostos na legislação germânica.<sup>468</sup>

Na França, após um longo período em que a proteção do agente fora fundamentada na construção jurisprudencial do mandato de interesse comum,<sup>469</sup> isto é, o mandato conferido não só no interesse do mandante, mas do próprio mandatário, o que o tornaria irrevogável, ou, em se admitindo revogação, pelo menos implicaria indenização dos prejuízos sofridos pela outra parte,<sup>470</sup> e também no instituto do abuso de direito,<sup>471</sup> editou-se, em 1958, legislação protetiva. Recentemente, foi sancionada nova legislação (Lei 91-593 e Decreto 92-506), adaptando o regime jurídico do agente a diretivas da Comunidade Econômica Européia.<sup>472</sup> A Lei de 1991 dispõe que a denúncia do contrato de agência deve observar um aviso prévio proporcional à sua duração. Assim, se o contrato teve duração de um ano, o aviso prévio deverá ser de um mês; de dois anos,

---

ii) El agente de comercio perdió, en razón de la terminación de la relación contractual, derechos a comisión relativos a negocios concluidos o por concluirse en el futuro con la clientela que ha desarrollado, que hubiera percibido si la relación contractual hubiera continuado

iii) El pago de una suma es equitativo considerando las circunstancias” (texto em apêndice a Marzorati, *Sistemas* ).

<sup>464</sup> Esclareça-se que o contrato de agência já era contemplado no projeto de Código Comercial de 1922, que dispunha sobre a indenização do agente, equivalente a metade das comissões pagas no ano precedente ao do término da relação, no caso de denúncia do contrato por tempo indeterminado pelo principal.

<sup>465</sup> Influenciada pela Diretiva 653/86, da então Comunidade Européia, a que faremos alusão a seguir.

<sup>466</sup> Em que se converte o contrato por tempo determinado, que continue a ser executado após o termo final

<sup>467</sup> “Art. 1.750. (...) Il termine di preavviso non può comunque essere inferiore ad un mese per il primo anno di durata del contratto, a due mesi per il secondo anno iniziato, a tre mesi per il terzo anno iniziato, a quattro mesi per il quarto anno, a cinque mesi per il quinto anno e a sei mesi per il sesto anno e per tutti gli anni successivi”.

<sup>468</sup> “Art. 1.751. All’atto della cessazione del rapporto il preponente è tenuto a corrispondere all’agente un’indennità se ricorra almeno una delle seguenti condizioni:

L’agente abbia procurato nuovi clienti al preponente o abbia sensibilmente sviluppato gli affari con i clienti esistenti e il preponente riceva ancora sostanziali vantaggi derivanti dagli affari con tali clienti;

il pagamento di tale indennità sia equo, tenuto conto di tutte le circostanze del caso, in particolare delle provvigioni che l’agente perde e che risultano dagli affari con tali clienti.

<sup>469</sup> Pardolesi, *op. cit.*, p. 103, nota 29, aponta, nesse sentido, decisões da Cassação proferidas já em data tão antiga quanto 1873

<sup>470</sup> *Ibidem*, p. 103

<sup>471</sup> *Ibidem*, p. 115

dois meses; e, do terceiro ano em diante, três meses. O agente também tem direito a indenização, que, frise-se, não tem por causa apenas a ruptura unilateral do contrato pelo principal, sendo, de forma mais abrangente, uma indenização pela cessação do contrato, o que significa que também é devida em casos de morte ou motivado afastamento do agente. Aliás, mesmo em hipóteses em que o contrato seja encerrado por força da cessação de atividades do próprio mandante, ainda assim, salvo se a cessação for devida a força maior,<sup>473</sup> a indenização deverá ser paga ao agente. São hipóteses a afastar o direito à indenização: resolução devida a falta grave do agente, denúncia injustificada do contrato pelo próprio agente, cessão de posição contratual pelo agente. Quanto ao montante da indenização, a lei não estabelece critérios para fixá-lo, cabendo ao juiz fazê-lo.<sup>474</sup>

Dada a importância da matéria, e com o intento de lograr uma harmonização de seu tratamento no espaço jurídico comunitário europeu, a Comissão da CEE editou a Diretiva 653, de 18.12.86. Para conciliar modelos de proteção já vigentes nos estados-membros, essa Diretiva previu opção ou pelo sistema de compensação pela clientela que continua a beneficiar o produtor (modelo alemão), ou pela reparação do prejuízo causado na terminação do contrato (modelo francês).<sup>475</sup> À exceção da própria França, os demais países da Comunidade, ao editarem diplomas na esteira da Diretiva, aproximaram-se do modelo germânico.<sup>476</sup> Para a compensação por clientela, e ainda de acordo com o figurino alemão, estabeleceu-se o teto de uma retribuição anual, calculada a partir da média das comissões devidas nos últimos cinco anos de duração do contrato.<sup>477</sup>

Feito esse breve e não-exaustivo apanhado, podemos volver nossa atenção ao trato da matéria no ordenamento pátrio. No Brasil, a agência, como vimos, é disciplinada pela Lei nº 4.886, de 09 de dezembro de 1965, significativamente modificada pela Lei nº 8.420/92.<sup>478</sup> No tocante especificamente ao término do contrato, prevêem-se aviso prévio e indenização. Em tema de aviso prévio, o diploma estipula que, em contratos por prazo indeterminado que tenham durado por mais de seis meses, a denúncia injustificada, por qualquer das partes, deverá ser feita com antecedência de trinta dias, sendo substituível por importância equivalente a um terço das comissões auferidas pelo representante nos últimos três meses de duração do contrato.<sup>479</sup> Já a denúncia do contrato pelo representado, que a lei denomina rescisão, ressalvados os motivos justos elencados no

<sup>472</sup> As observações subseqüentes acerca da Lei 91-593 são extraídas de Nasredine El Hage, *La nouvelle réglementation du contrat d'agence commerciale*, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, a 47, n 2, p 197-232, abr /jun 1994

<sup>473</sup> Conforme notícia El Hage, op. cit., p. 224, tem-se entendido que a força maior não comporta os casos de *procédure collective* contra o mandante.

<sup>474</sup> El Hage, op. cit., p. 229.

<sup>475</sup> Fernando Martinez Sanz, *La indemnización ...*, p. 83

<sup>476</sup> *Ibidem*, p 87

<sup>477</sup> *Ibidem*, p 86

<sup>478</sup> Para um histórico das tentativas anteriores de regulação legislativa da matéria, Rubens Requião, *Do representante comercial*, p 183

<sup>479</sup> Art 34

art. 35,<sup>480</sup> dá direito a indenização “cujo montante não poderá ser inferior a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação”.<sup>481</sup> Mas, havendo justa causa, para a resolução do contrato pelo representado, este poderá reter, a título de compensação, comissões devidas ao representante.<sup>482</sup> A Lei também possibilita a denúncia, pelo representado, de contratos a prazo determinado, antes do seu final, hipótese em que a indenização “corresponderá à importância equivalente à média mensal da retribuição auferida até a data da rescisão, multiplicada pela metade dos meses resultantes do prazo contratual”.<sup>483</sup> Inexiste, todavia, norma prevendo aviso prévio e indenização no caso de não-renovação do contrato por tempo determinado chegado ao seu término, circunstância que, antes do advento da Lei nº 8.420/92, ensejava a contratação de representantes por prazo determinado bastante curto, sucessivamente renovado ao longo de anos, manobra denunciada por RUBENS REQUIÃO.<sup>484</sup> Agora, todavia, as alterações introduzidas pelo referido diploma eliminam essa possibilidade, dispondo que: a) o contrato por tempo determinado que vier a ser renovado, expressa ou tacitamente, passará a ser por tempo indeterminado;<sup>485</sup> b) o contrato que, após seis meses de interrupção, suceder a outro, também se considera por prazo indeterminado.<sup>486</sup>

Percebe-se que o modelo adotado pela legislação brasileira tem similaridades com aquele protetivo do empregado, para a hipótese de demissão sem justa causa. Por sinal, o primeiro projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional acerca da matéria, em 1965, foi vetado pelo Presidente da República por levar ainda mais longe essa equiparação dos regimes, estendendo aos representantes comerciais as mesmas garantias asseguradas pela legislação trabalhista aos empregados.<sup>487</sup>

Outro aspecto digno de referência é o fato de que a indenização devida ao representante, de forma similar ao regime francês, não está expressamente condicionada

<sup>480</sup> São eles: a) desídia do representante no cumprimento das obrigações decorrentes do contrato; b) prática de atos que importem em descrédito comercial do representado; c) falta de cumprimento de quaisquer obrigações inerentes ao contrato de representação comercial; d) condenação definitiva por crime considerado infamante, e e) força maior. Requião, op. cit., p. 225, também considera motivos justos para a rescisão, conquanto não expressamente elencados, a morte, doença prolongada, e interdição do agente comercial.

<sup>481</sup> Art. 27, alínea *j*. Na redação anterior à Lei nº 8.420/92, a alínea *j* remetia-se incorretamente ao art. 34 da Lei, que trata do aviso prévio, e não ao art. 35. Esse equívoco, com base no qual se pretendia afastar a indenização, quando era respeitado o aviso prévio, apontado por Rubens Requião, op. cit., p. 216, foi corrigido pela jurisprudência, que afirmou a cumulação, e não-alternatividade, do aviso prévio com a indenização calculada à base de 1/12 da remuneração pretérita. Nesse sentido, dentre outras tantas decisões, cita-se a seguinte: “Representação Comercial (Lei nº 4.886/65) Denúncia do contrato, sem motivo justo Indenização O contrato dessa espécie há de prever, e sempre, a indenização devida ao representante, no caso de sua rescisão. É de ter-se por equivocada a referência ao art. 34, contida no art. 27, letra *j*; a referência é ao art. 35 (RE 81.128, in RTJ 75/619). O pré-aviso não exclui a indenização devida ao representante; no caso de omissão do contrato, aplica-se o parágrafo único do art. 34. Recurso especial conhecido, por ambas as alíneas e provido” (Ac un da 3ª Turma do STJ, REsp nº 9.144, Rel. Ministro Nilson Naves, j. 01.07.91)

<sup>482</sup> Art. 37.

<sup>483</sup> Art. 27, § 1º

<sup>484</sup> Do representante comercial, p. 170

<sup>485</sup> § 2º, art. 27, acrescentado pela Lei nº 8.420

<sup>486</sup> § 3º, art. 27, igualmente acrescentado pela Lei nº 8.420.

<sup>487</sup> Requião, op. cit., p. 10; Ricardo Nacim Saad, Representação comercial, São Paulo, Saraiva, 1993, p. 27

ao aproveitamento, efetivo ou presumido, pelo representado, após o término do contrato, da clientela angariada pelo representante.<sup>488</sup>

Pelo exame da legislação citada, podemos chegar a algumas conclusões gerais. Em primeiro lugar, não há preocupação em se atribuir ao agente um específico direito à continuação do contrato. Ao invés, propicia-se-lhe uma indenização, em regra calculada a partir da média de comissões já auferidas durante o curso do contrato, condicionada (modelo germânico) ou não (modelo francês) à permanência da clientela angariada na esfera comercial do representado. Observa-se, por outro lado, que, diante do caráter presumidamente pessoal da atividade do agente, não há expressa previsão de indenizá-lo pela perda de investimentos realizados para o cumprimento do contrato.<sup>489</sup> Verifica-se, por fim, que a proteção é primordialmente conferida aos contratos por tempo indeterminado.

---

<sup>488</sup> Requião, *op cit.*, p. 186, afasta expressamente a compensação de clientela como o fundamento jurídico para a indenização de que trata o art. 27, I

<sup>489</sup> Todavia, a lei espanhola que regula o contrato de agência (Lei 12/92), em seu art. 29, contempla expressamente a possibilidade de indenização dos danos e prejuízos que a extinção antecipada do contrato haja causado ao agente, “siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato”.

#### 4.2.2. PROTEÇÃO LEGAL DO CONCESSIONÁRIO

No continente europeu, ao contrário do que sucede em matéria de agência comercial, nota-se uma tendência muito menos acentuada em se regular por lei os contratos de concessão. Realmente, apenas a Bélgica introduziu um estatuto aplicável aos contratos de concessão em geral, outorgando alguma proteção ao concessionário, por ocasião do término do contrato, e isso, curiosamente, antes de disciplinar o contrato de agência comercial.<sup>490 491</sup> Mas essa iniciativa, até o momento, não fez escola,<sup>492</sup> o que tem suscitado, como se verá adiante, um esforço da doutrina e da jurisprudência em, quer com base em princípios gerais, como o da boa-fé, ou institutos como o do abuso de direito, quer com base na integração analógica, a partir da agência, suprir a omissão do legislador.

O quadro é bem diverso nos EUA.<sup>493</sup> Com efeito, em matéria de proteção do distribuidor em geral, bem como do distribuidor de alguns produtos específicos, tais como combustíveis, bebidas e automóveis, o legislador norte-americano, tanto federal,<sup>494</sup> como

<sup>490</sup> Trata-se da Lei de 27 de julho de 1961, modificada pela Lei de 13 de abril de 1971. Tal diploma se aplica aos contratos de distribuição exclusiva, aos contratos em que parte substancial dos produtos comercializados pelo concessionário integra o objeto da concessão, e ainda aos contratos em que o concedente impõe tantas e tamanhas obrigações ao concessionário, que o fim do contrato traria grandes prejuízos para este (art. 1º). Dispõe que a denúncia, por qualquer das partes, do contrato por tempo indeterminado, salvo falta grave, deverá observar um aviso prévio razoável ou uma indenização justa, a serem estabelecidos pelas partes ao final do contrato (e não antes ou durante) ou, à falta de acordo, pelo juiz, segundo a equidade e eventualmente tendo em conta os usos do comércio (Art. 2º). No que toca à denúncia do contrato por tempo indeterminado feita pelo concedente, prescreve-se, ademais, o pagamento de uma indenização complementar equitativa, a ser fixada considerando-se i) o aumento substancial da clientela criada pelo distribuidor, que permanece beneficiando o concedente após o fim do contrato; ii) os gastos incorridos pelo concessionário, para dar cumprimento ao contrato, que também beneficiam o concedente ao término do contrato; iii) as verbas rescisórias que o concessionário tiver que pagar aos empregados demitidos por força do término do contrato de distribuição (art. 3º). Também aqui, não havendo acordo entre as partes, caberá ao juiz fixar a indenização de acordo com a equidade, eventualmente levando em conta os usos do comércio. A mesma indenização é devida, quando a denúncia é feita pelo concessionário, à vista de falta grave cometida pelo concedente. No tocante aos contratos por tempo determinado, a Lei prevê a sua renovação por tempo indeterminado (ou pelo tempo estabelecido em cláusula de recondução tácita), caso não seja manifestada a vontade de não renová-los, entre seis e três meses anteriores ao seu termo final (art. 3º-bis). Ademais, e de forma a se atalhar fraudes, prescreve-se que serão possíveis apenas duas renovações do contrato por tempo determinado, sendo que, a partir da terceira, ele passará a ser por tempo indeterminado (art. 3º-bis). As mesmas regras se aplicam às relações entre distribuidores e subdistribuidores (art. 5º). Também se prevê que as disposições da Lei prevalecem sobre qualquer convenção firmada entre as partes antes do final do contrato (art. 6º).

<sup>491</sup> Há quem justifique a legislação belga e a sua excepcionalidade no espaço comunitário com fundamento no fato de inexistirem fabricantes de veículos automotores naquele país, razão pela qual a voz dos concessionários de veículos, uma das mais importantes categorias de distribuidores, teve maior ressonância. Nesse sentido, a opinião de J. Thérard, mencionada por Cristiano Graeff Júnior, O contrato de concessão comercial e a lei nº 6.729, de 28.11.79, *Ajuris*, n. 20, p. 79-88, p. 81.

<sup>492</sup> Caso emblemático do insucesso em se regular a matéria por lei em outros países é o francês. Naquele país, há notícia de diversos projetos de lei acerca da matéria, dispondo sobre duração mínima do contrato, direito de denúncia condicionado à existência de motivos graves, direito a indenização na hipótese de haver recusa em se renovar o contrato, recompra dos estoques que estiverem com o distribuidor ao final do contrato. Todavia, nenhum deles logrou ser transformado em lei, de forma que, até o presente, inexistente legislação específica para os distribuidores naquele país. Comentário a respeito de tais projetos (Daladier, Lachèvre, Aupfer et Daladier, Lauriol, Glon e Cousté, e Turco) encontra-se em Amiel-Cosme, *Les réseaux ...*, p. 56 e seguintes.

<sup>493</sup> Advirta-se que, nos EUA, em regra, a expressão “franchising” tem significado muito amplo, abarcando contratos de distribuição que, alhures, são denominados “concessão”.

<sup>494</sup> Vale fazer referência, na esfera federal, ao *Petroleum Marketing Practices Act*, estatuto que se aplica às relações entre os produtores e os distribuidores de combustíveis e lubrificantes. O § 2 802 desse diploma dispõe sobre os casos de *termination* e *nonrenewal*. Como regra geral, ressalvada a existência de um dos motivos elencados na Lei, não é



estadual,<sup>495</sup> é prolífico. As diversas leis estaduais que tratam do tema buscam estipular limites tanto à denúncia do contrato por tempo indeterminado, como à não-renovação do contrato por tempo determinado, sujeitando ambas à existência de *good, just* ou *reasonable cause*, e com isso originando as figuras da *wrongful termination* e do *unjust nonrenewal*.<sup>496</sup> Em todos os casos, o poder do principal de pôr fim à relação contratual

---

possível se colocar fim ao contrato antes de seu termo e, ademais, há uma obrigação de renovar o contrato. Dentre as hipóteses permissivas da terminação do contrato, são elencadas: as falhas significativas do distribuidor e a falta de esforço em dar cumprimento à avença, desde que tenha-lhe sido concedido prazo para efetuar as correções necessárias; a caracterização de eventos imputáveis ao distribuidor que tornem razoável o final do contrato, tais como fraudes, crimes, falência, incapacidade física ou mental, inadimplência, interrupção do serviço; a existência de acordo entre as partes (distrato), celebrado com antecedência de cento e oitenta dias ao término do contrato, e possibilidade de arrependimento, pelo distribuidor, em até sete dias; a saída do produtor do mercado ou da área geográfica, nos contratos com duração igual ou superior a três anos; a recusa do distribuidor em proceder a alterações na forma de distribuição a partir de determinações feitas de boa-fé pelo produtor; e outras hipóteses em que, em contratos com duração superior a três anos, a renovação venha a revelar-se anti-econômica. Por seu turno, o § 2.804 determina que, nas hipóteses em que a *termination* ou *nonrenewal* seja possível, seja ela precedida de aviso prévio de noventa dias. Já o § 2.805, ingressando em matéria processual, dispõe sobre a possibilidade de se conceder *preliminary injunction* em favor do distribuidor, para se garantir a continuação do contrato. O mesmo dispositivo também atribui ao produtor o ônus da prova quanto aos motivos justificadores da *termination* ou *nonrenewal*. O produtor ainda poderá, em defesa, afastar a renovação obrigatória, alegando que “that renewal of the franchise relationship is likely to be uneconomical to the franchisor despite any reasonable changes or reasonable additions to the provisions of the franchise” (seção 2805, e, 1, v). Cite-se, por fim, o § 2.806, que veda aos estados o estabelecimento da obrigação do produtor de pagar pelo *goodwill* da franquia terminada regularmente.

<sup>495</sup> Anota Luís Cardelús Gassiot, *El contrato de franchising*, Barcelona, PPU, 1988, p. 125, que, entre 1969 e 1975, diversos estados passaram a editar estatutos regulando hipóteses de *wrongful termination* e *unjust nonrenewal*: Delaware, New Jersey, Washington, Connecticut, Wisconsin, Virginia, Hawaii, Michigan e Porto Rico. Algumas leis foram para as franquias em geral, ao passo que outras se endereçaram a alguns setores específicos de distribuição, como carburantes e automóveis. De forma geral, ainda segundo o mesmo autor, não se admite a denúncia *at will* do contrato, quanto à não-renovação, ela deve ser fundada em *good cause*. Para um completo panorama da evolução legislativa nos EUA, consultar, também, Pardolesi, I. *Contratti ...*, em cuja obra se encontra um alentado apêndice sobre a terminação do contrato nos EUA, com um resumo analítico das leis protetivas, por estado e por âmbito material de aplicação (p. 352). V. ainda Echebarria Saénz, *El contrato de franquicia*, p. 431 e seguintes.

<sup>496</sup> Dentre as múltiplas legislações estaduais, pode ser citada, a título ilustrativo, a *Franchises Law* do Estado de Iowa, a qual, na seção 523H.7 1., proíbe a extinção da relação contratual antes do termo, salvo a comprovação de *good cause*, assim definida pela Lei: “‘Good cause’ includes the failure of the franchisee to comply with any material lawful requirement of the franchise agreement, provided that the termination by the franchisor is not arbitrary or capricious when compared to the actions of the franchisor in other similar circumstances”. (Aqui, mais uma vez, revela-se a importância da rede de distribuidores, da qual se extrai um parâmetro de atuação do franqueador, a impedir o tratamento discriminatório, mais benéfico ou mais exigente, de um ou de alguns franqueados.) Em se configurando essa hipótese, o franqueador ainda deverá notificar o franqueado para que, em não menos de trinta e não mais de noventa dias, solucionem o problema, corrija a falta ou deficiência, que justifica a resolução do contrato. A seção 523H.8 trata da obrigação de renovar o contrato, elencando os casos em que ela pode ser afastada: “A franchisor shall not refuse to renew a franchise unless **both** of the following apply: 1. The franchisee has been notified of the franchisor’s intent not to renew at least six months prior to the expiration date or any extension of the franchise agreement. 2. Any of the following circumstances exist. a. Good cause exists as defined in section 523H.7, provided that the refusal of the franchisor to renew is not arbitrary or capricious when compared to the actions of the franchisor in other similar circumstances. (Novamente, a relevância do comportamento em relação aos demais distribuidores.) b. The franchisor and the franchisee agree not to renew the franchise, provided that upon the expiration of the franchise, the franchisor agrees not to seek to enforce any covenant of the nonrenewed franchise not to compete with the franchisor or franchisees of the franchisor. c. The franchisor completely withdraws from directly or indirectly distributing its products or services in the geographic market served by the franchisee, provided that upon expiration of the franchise, the franchisor agrees not to seek to enforce any covenant of the nonrenewed franchisee not to compete with the franchisor or franchisees of the franchisor” Mencione-se, ainda, o *Automobile Franchise Act* do Estado de Utah, que também exige, para a *termination* ou *refusal to continue*, notificação prévia e fundamentada do franqueador, estabelecendo as circunstâncias que devem ser consideradas para se estabelecer a existência de *good cause*. “13-14-3. Termination or refusal to continue franchise - Notice of intent and specific grounds Notwithstanding the terms of any new motor vehicle franchise, no franchisor shall terminate or refuse to continue any existing franchise unless: (1) The franchisee has received written notice from the franchisor as follows (a) sixty days before the effective date thereof setting forth the specific grounds for termination or refusal to continue and relied upon by the franchisor as establishing good cause for such action;”. Na continuidade, especifica-se o que se há de entender por *good cause*: “13-14-4. Good cause for modifying, replacing, terminating or refusing to continue franchise - Circumstances considered. In determining whether good cause has been established for modifying, replacing, terminating, or refusing to continue a franchise, consideration shall be given to existing circumstances, including, but not limited to. (1) amount of business transacted by the franchisee, as compared to the business available to the franchisee, (2) investment necessarily made and obligations incurred by the franchisee to perform its part of the franchise; (3) permanency of the investment; (4) whether it is injurious or beneficial to the public welfare for the franchise to be modified or replaced or the business of the franchisee disrupted; (5) whether the franchisee has adequate motor vehicle

com o distribuidor é severamente limitado. Mas, para além da intervenção legislativa, a jurisprudência também tem sido da maior importância na concretização dos limites legais, normalmente formulados por meio de expressões vagas, conceitos indeterminados, assim como na busca de soluções para os casos em que a legislação não as oferece.<sup>497</sup>

Importantes diplomas legislativos acerca da distribuição também são encontrados na América Central, onde se manifestou a preocupação de proteger o distribuidor, quase sempre uma empresa nacional, contra os abusos do produtor, quase sempre uma empresa estrangeira. A começar pelo Panamá, foram editadas leis em Honduras, Costa Rica, El Salvador, Guatemala e Nicarágua.<sup>498</sup> Pela legislação panamenha (Decreto nº 344, de 31.10.69), só é possível dar-se fim ao contrato, inclusive pela recusa em renová-lo, havendo falta do distribuidor (incumprimento das cláusulas contratuais, fraude, abuso de confiança, redução contínua das vendas imputável a ele, e outros atos que redundem em prejuízo da boa marcha dos negócios). Inexistindo quaisquer dessas razões, o distribuidor deverá ser indenizado ao término do contrato, tendo-se em conta, para tanto, seus rendimentos brutos decorrentes do contrato e o tempo que durou da relação. O mesmo se dá em Honduras (Decreto nº 50, de 13.10.70), dispondo-se que a indenização deverá ser fixada a partir dos seguintes fatores: valor atual das inversões do distribuidor, das quais este ainda não se tenha beneficiado; a *plus valia* do negócio do distribuidor, aferível a partir do tempo da relação, do volume de vendas e da proporção desse volume no mercado hondurenho. Na Costa Rica (Lei nº 4.684, de 30.11.70), a indenização é tarifada à base de dois meses de rendimentos brutos por ano de serviço ou fração superior a seis meses, até um máximo de oito anos. Regras similares existem em El Salvador (Decreto nº 247, de 16.01.73), Guatemala (Decreto nº 78, de 29.09.71) e Nicarágua (Lei nº 287, de 02.02.72). Um aspecto digno de nota nestes diplomas consiste em não apenas se obstaculizar a denúncia do contrato por tempo indeterminado, mas também se obrigar à própria renovação do contrato, quando por tempo determinado,

---

sales and service facilities, equipment, vehicle parts, and qualified service personnel to reasonably provide for the needs of the consumers for the motor vehicles handled by the franchisee and has been and is rendering adequate services to the public; (6) whether the franchisee fails to fulfill the warranty obligations of the franchisor to be performed by the franchisee, and (7) extent of franchisee's failure to comply with the terms of the franchise”.

<sup>497</sup> Caso da *Missouri Doctrine*, pela qual a jurisprudência estendeu aos contratos de distribuição em geral a garantia de uma duração mínima do contrato, pelo tempo estimado como necessário para a recuperação dos investimentos realizados pelo distribuidor, garantia que, inicialmente, por força do *Restatement 2º of the Law of Agency*, somente se aplicava aos agentes (Pardolesi, op. cit., p. 394). Sobre as diversas construções jurisprudenciais voltadas a garantir maior estabilidade aos contratos de distribuição, no espaço jurídico norte-americano, tais como boa-fé, equidade, *illusory promises*, *unconscionability*, *implied covenants*, Echebarría Saénz, *El contrato de franquicia*, pp. 434 e seguintes.

<sup>498</sup> As considerações subsequentes acerca desses estatutos são feitas a partir de Marzorati, *Sistemas ...*, pp. 100-106 e 292-294. Este autor, p. 293, aponta os seguintes aspectos nos quais as leis centro-americanas são coincidentes: “a) Establecimiento de causas legales justas, para dar por terminado un contrato de agencia, distribución o representación b) Tales causas hay que probarlas ante los organismos competentes. c) De no existir tales causas, el principal o concedente tiene que otorgar una indemnización, fijada por la ley, al representante o concesionario. d) Mientras no se pague esta indemnización, los productos no se podrán importar (si son fabricados en el extranjero). e) El principal o concedente está obligado a adquirir los créditos e inventarios de productos del concesionario o agente, al terminarse el contrato, sin mediar justa causa, bajo las condiciones señaladas por la ley f) El principal o concedente no puede nombrar otro agente o distribuidor mientras no pague la indemnización, o la deposite ante el organismo competente, en

ressalvadas, em ambos os casos, as hipóteses legais de justa causa para recusa do fornecedor.<sup>499</sup> Por fim, de forma a garantir o pagamento da indenização, alguns diplomas vedam, enquanto isso não ocorrer, a importação dos produtos objeto da distribuição e a nomeação de outro distribuidor para atuar no território do antigo.

No Brasil, consoante já exposto anteriormente, existe lei regulando apenas uma modalidade de concessão comercial, a concessão entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre (Lei nº 6.729/79). Este diploma traz diversos dispositivos acerca da duração do contrato, do seu término, e das indenizações devidas ao concessionário. Estabelece, como regra, que a concessão será por prazo indeterminado, embora o contrato possa inicialmente ser ajustado por prazo determinado não inferior a cinco anos, renovando-se, por prazo indeterminado, caso nenhuma das partes manifeste a intenção de não prorrogá-lo antes de 180 dias de seu termo final.<sup>500</sup> Segundo o art. 22 da Lei, a terminação<sup>501</sup> do contrato será possível nos seguintes casos: acordo entre as partes ou força maior; expiração do prazo determinado, devidamente manifestada a vontade de não o prorrogar; infrações aos termos da lei ou do contrato, dentre as quais se enquadra a cessação das atividades do contraente, hipótese esta em que a resolução deverá ser precedida da aplicação de penalidades gradativas, previstas em convenção de marca (art. 19, XV). Em qualquer desses casos, deverá observar-se um prazo de 120 dias para a extinção das relações entre as partes e das operações do concessionário. Não prorrogado o contrato por tempo determinado, por vontade do concedente, este ficará obrigado a i) readquirir os estoques do concessionário, pelo preço de venda à rede na data da reaquisição; ii) adquirir os equipamentos, máquinas, ferramentas e instalações destinadas à concessão, cuja aquisição determinou ou à qual nada opôs quando comunicado por escrito, regra que não se aplica aos imóveis.<sup>502</sup> Dando causa à rescisão do contrato por tempo indeterminado,<sup>503</sup> o concedente deverá indenizar o concessionário: i) readquirindo-lhe o estoque, pelo preço de venda ao consumidor; ii) adquirindo-lhe os equipamentos, máquinas, ferramentas e instalações, observadas as mesmas condições previstas no art. 23; iii) “pagando-lhe perdas e danos, à razão de 4% (quatro por cento) do faturamento projetado para um período correspondente à soma de uma parte fixa de 18 (dezoito) meses e uma variável de 3 (três) meses por quinquênio de vigência da concessão, devendo a projeção tomar por base o valor corrigido monetariamente do faturamento de bens e serviços concernentes à

---

caso de demanda o reclamación. g) Los derechos concedidos por tales leyes son irrenunciabiles, aunque podría convenirse una transacción y siempre que sean celebradas ante el organismo competente”.

<sup>499</sup> É o que aponta Marzorati, op. cit., p. 293: “Es oportuno señalar que la fijación de un término o plazo en los contratos no tiene relevancia jurídica alguna, salvo en el caso de Guatemala, cuya legislación prevé el vencimiento del plazo si lo hubiere como causa de terminación del contrato. Para las otras legislaciones los contratos forzosamente tendrán que ser renovados al vencimiento del plazo pactado, salvo que se pagare la indemnización correspondiente por la casa principal o concedente. Sólo queda excluido de esta regla el caso de que el concesionario, representante o distribuidor no quisiera renovar, a su vencimiento, el contrato”.

<sup>500</sup> Art 21.

<sup>501</sup> O legislador usa o termo “resolução”, num sentido muito mais amplo que aquele estipulado neste trabalho.

<sup>502</sup> Art 23

concessão, que o concessionário tiver realizado nos 2 (dois) anos anteriores à rescisão”; iv) pagando-lhe outras indenizações acordadas com a rede (as quais, nos termos do art. 19, XVI, serão objeto de convenção de marca).<sup>504</sup> Caso ainda o concedente dê causa à resolução do contrato por tempo determinado,<sup>505</sup> deverá pagar as indenizações previstas no art. 24, sendo que, quanto à do inciso III (lucros cessantes), será ela “calculada sobre o faturamento projetado até o término do contrato e, se a concessão não tiver alcançado 2 (dois) anos de vigência, a projeção tomará por base o faturamento até então realizado”. Também se prevê a indenização devida pelo concessionário, caso ele dê causa à resolução do contrato, estipulada em 5% (cinco por cento) do valor total das mercadorias que tiver adquirido nos últimos quatro meses do contrato.

Do exposto, infere-se que a Lei nº 6.729/79 não chancela a denúncia unilateral do contrato por tempo indeterminado, mas apenas a sua resolução (que o diploma também chama de rescisão). Segue daí que o concessionário poderia até mesmo manejar em Juízo os instrumentos hábeis a obrigar o concedente a continuar fornecendo-lhe os bens objeto da concessão, caso não preferisse postular indenização pela resolução do contrato. Quanto à não-renovação do contrato por tempo determinado, esta é regulada em termos bastante estritos (o desinteresse na prorrogação deve ser comunicado com um prazo mínimo de antecedência), e impõe ao concedente o ônus de adquirir estoques e bens do ativo permanente do concessionário.

<sup>503</sup> Art. 24

<sup>504</sup> Já se controvertou em Juízo a respeito da possibilidade de, à míngua de acordo entre o concedente e a rede (inciso IV, art. 24, da Lei nº 6.729/79), aquele ser condenado ao pagamento de outras indenizações ao concessionário, além das estabelecidas na Lei. Pretensão nesse sentido foi acolhida por julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná “Apelação Cível. Ação ordinária. Aplicação dos artigos 159, 1.056, 1.059 e seguintes do Código Civil, 24 e incisos da Lei 6.729, de 26 de dezembro de 1979, 274 e seguintes do Código de Processo Civil. Procedência em primeiro grau Irrecusável, no caso concreto, que a indenização deva ultrapassar os limites da legislação própria, pois em caso contrário, resultaria em indenização insuficiente, injusta e a recorrida não ficaria inteiramente ressarcida dos prejuízos sofridos. Recurso desprovido” (Ac un da 3ª Câmara Cível do TJPR, AC 1.555/84, Rel. Des. Plínio Cachuba, j. 01.10.85, acórdão publicado na Revista Paraná Judiciário, nº 16, pp. 93-96). No caso concreto, por instâncias da concedente, a concessionária construiu prédio comercial segundo as especificações daquela, sendo a relação contratual denunciada pouco tempo decorrido do início da execução do contrato. Contra essa decisão, foi interposto recurso extraordinário ao Supremo Tribunal Federal, que deixou de conhecê-lo em acórdão com a seguinte ementa: “Concessão comercial. Rescisão. Lei nº 6.729/79, artigo 24 e incisos. Extensão das reparações devidas ao concessionário em caso de rescisão imposta pelo concedente. Recurso que alegando apenas negativa de vigência do inciso III do artigo 24 - bem aplicado pelo acórdão recorrido - inviabiliza o exame amplo da questão. Acórdão que determinou as reparações na solução do caso concreto. Recurso extraordinário não conhecido” (Ac un da 1ª Turma do STF, RE nº 110.607-PR, Rel. Ministro Oscar Corrêa, j. 16.09.86, publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência, nº 119, pp. 460-465). Em outra decisão, bem mais recente, o Superior Tribunal de Justiça, dando provimento a recurso especial, confirmou a aplicabilidade do direito comum da responsabilidade civil a um caso de resolução de contrato de concessão: “A reparação dos danos não abrangidos pela Lei 6.729/79, que venham a ser cabalmente comprovados como conseqüentes da resolução do contrato de concessão comercial, por culpa do concedente, encontra suporte jurídico nas disposições de direito comum no que tange à responsabilidade civil, não se restringindo às verbas previstas nos artigos 24 e 25 daquele diploma” (Ac un da 4ª Turma do STJ, REsp nº 10.391-0, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo, j. 03.08.93).

<sup>505</sup> Art. 25.

### 4.2.3. PROTEÇÃO LEGAL DO FRANQUEADO

Na Europa, tal como ocorre com os contratos de concessão, o legislador tem sido mais tímido na regulação dos contratos de franquia. Na França, por exemplo, a partir da *Loi Doubin*, conforme já visto, apenas se estabeleceu uma obrigação de informação prévia em favor dos distribuidores. Os Códigos Deontológicos europeus, que, eventualmente, podem ser tidos como repertórios de usos e costumes comerciais, também vão pouco além disso.<sup>506</sup>

Quanto aos EUA, a regulação é basicamente aquela referida no item anterior, já que a noção de franquia, naquele país, abarca também os contratos de concessão.

No Brasil, a Lei nº 8.955/94, consoante já exposto, cingiu-se a estabelecer a obrigação de fornecimento ao interessado em ingressar na rede de uma “Circular de Oferta de Franquia”, com informações básicas sobre a rede e o contrato, dentre as quais as referentes à situação do franqueado, após a expiração do contrato, em relação ao *know-how* e aos segredos e à concorrência pós-contratual. Não traz, portanto, qualquer regra estipulando limites ou indenização para os casos de denúncia e resolução do contrato.

---

<sup>506</sup> Segundo o Código Deontológico europeu: “Le contrat de franchise spécifiera notamment les points mentionnés ci-dessous, étant bien entendu que les dispositions adoptées seront compatibles avec le droit national ou communautaire.

(..)

- la durée du contrat et la base de renouvellement, l'époque et la durée du préavis;

(..)

- une base pour la répartition des actifs affectés par le contrat si le contrat prend fin”

Cite-se, ainda, o Código Deontológico da Federação Francesa de Franquia: “Le contrat respecte les principes déontologiques suivants:

- la durée est fixée de façon à permettre au Franchisé **un amortissement raisonnable** des investissements spécifiques à la franchise.

- le Franchiseur informe le Franchisé avec un préavis suffisant de son intention de ne pas renouveler l'ancien contrat arrivé à son terme ou de ne pas signer un nouveau contrat.

- dans le cadre des clauses de résiliation, le contrat donne au Franchisé la possibilité de se mettre en conformité dans un délai raisonnable, et liste de façon claire les circonstances pouvant entraîner une résiliation sans préavis.”

### 4.3. EXAME DA VIABILIDADE DE SOLUÇÕES ANALÓGICAS

O breve e incompleto bosquejo de soluções legais para o problema da terminação dos contratos distributivos denota que boa parte das existentes, principalmente no continente europeu e no Brasil, é circunscrita a apenas alguns tipos de distribuição, quando não a um único, no caso, a agência. Isso tem suscitado, aqui e alhures, a indagação sobre a possibilidade de extensão desses regimes a outros contratos, por via analógica,<sup>507</sup> a partir da constatação de que os problemas que justificam uma determinada solução legal são comuns aos diversos contratos de distribuição, principalmente, em se tratando de terminação do contrato.

<sup>507</sup> O enfrentamento dessas questões reclama um esclarecimento inicial sobre o procedimento analógico, procedimento que é visto com desconfiança por um certo positivismo jurídico. Consiste a analogia num método de preenchimento (mas também de identificação) de lacunas no ordenamento jurídico, lacunas que não são aquelas resultantes de mera imperfeição contrária ao plano legislativo, as quais Larenz, Metodologia da ciência do Direito, p. 455, denomina de lacunas de lei, mas que, segundo o mesmo autor, op. cit., p. 456, se apresentam nos casos em que a lei deixa de regular todo um setor que carece de regulação, por conta das necessidades do tráfego ou de um princípio jurídico afirmado pela consciência jurídica geral. Em situações tais, a metodologia faz uso de instrumentos para um desenvolvimento superior do Direito posto.

A analogia, como método de resolução de problemas jurídicos a partir de normas que não lhes são diretamente aplicáveis, ou, em outras palavras, pela extensão de soluções legais para além do círculo fenomênico para o qual foram estabelecidas, apresenta todas as dificuldades de um método que não se enquadra no simplismo -- ilusório -- da subsunção do caso concreto (ou, melhor, do conceito do caso) à norma. Deveras, não se trata, visivelmente, de uma operação lógico-formal, mas daquilo que Tércio Sampaio Ferraz Júnior, Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação, São Paulo, Atlas, 1988, denomina de operação pseudológica, na qual entra em jogo a operacionalmente imprecisa noção de semelhança, condicionante da mesma valoração para dois fatos que não são idênticos. Diz o autor: “O difícil problema lógico na definição da analogia está na determinação do que sejam as relações essenciais ou de semelhança entre os supostos fáticos” (p. 273). O juízo de semelhança pressupõe uma valoração (p. 274). Na mesma linha, Giuseppe Zaccaria, L’arte dell’interpretazione. saggi sull’ermeneutica giuridica contemporanea, Padova, CEDAM, 1990, p. 190, adverte que a analogia não consiste num procedimento lógico-dedutivo, mas numa valoração igual de circunstâncias de fato consideradas juridicamente similares. Decisiva, ainda segundo este autor, p. 194, é a questão de se saber quais os aspectos essenciais para fins de aplicação do mesmo regime, que não se resolve a partir de instrumentos lógico-formais.

Esse proceder exige do jurista um trabalho de explicitação das razões subjacentes à regulação da matéria, dos fins e das idéias fundamentais a um determinado regime legal, de modo a se tornar possível a extração de uma norma que será aplicável em outras hipóteses nas quais se configurarem as mesmas razões. Cumpre-lhe trazer à tona os aspectos decisivos da valoração expressa na regulação legal (Larenz, op. cit., p. 461). Há uma indução generalizante, seja a partir de uma única norma, e aí temos a analogia *legis*, seja a partir de um conjunto de normas, que ligam consequências jurídicas semelhantes a hipóteses diversas, das quais se pode retirar um princípio mais geral, chamada analogia *juris* (Tércio, op. cit., p. 275; Larenz, op. cit., p. 464). Larenz dá um exemplo de como se opera a analogia *juris*, que vem bem a calhar com o tema deste trabalho: “De uma série de disposições legais que prevêm, para obrigações de trato sucessivo de diferente espécie, um direito inalienável de cada parte à denúncia por ‘motivos importantes’, deduz-se, por exemplo, que um tal direito de denúncia se dá em todas as obrigações de trato sucessivo. Os vários passos do raciocínio são os seguintes: 1. a lei prescreve obrigatoriamente um direito de denúncia, independentemente de prazo, por ‘motivos importantes’ para uma série de relações obrigacionais. 2. Em todas estas relações obrigacionais trata-se de obrigações de trato sucessivo. 3. As obrigações de trato sucessivo são ‘relações jurídicas de mais longa duração, que intervêm intensamente na condução da vida das partes ou que comportam um especial entrecruzamento de interesses recíprocos e exigem dos participantes uma colaboração pessoal, um bom entendimento ou uma confiança recíproca absoluta’. 4. A *ratio legis* das disposições legais resulta da peculiaridade de todas as obrigações de trato sucessivo. 5. Por isso, a *ratio legis* não só se refere aos casos de obrigações de trato sucessivo regulados na lei, mas a todas as obrigações de trato sucessivo. 6. Portanto, na nossa ordem jurídica vale um princípio geral cujo conteúdo consiste em que todas as obrigações de trato sucessivo é possível a denúncia por ‘motivos importantes’” (p. 464). Pode-se dizer, com Claus-Wilhelm Canaris, Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito, Gulbenkian, Lisboa, 1989, p. 211, que a analogia consiste na exteriorização metodológica do princípio da isonomia. Também o afirma Larenz: “A transposição funda-se em que, devido à sua semelhança, ambas as hipóteses legais hão-de ser identicamente valoradas nos aspectos decisivos para a valoração legal; quer dizer, funda-se na exigência da justiça de tratar igualmente aquilo que é igual” (p. 461). Resulta, enfim, da percepção que duas situações estão a exigir o mesmo tratamento jurídico, conferido expressamente pelo legislador a apenas uma delas.

Nos países europeus, onde, como visto, em regra, só o contrato de agência mereceu atenção do legislador, coloca-se freqüentemente a questão acerca da possibilidade de aplicação analógica da disciplina da agência aos contratos de concessão comercial. De forma geral, os que afastam a analogia apontam as diferenças estruturais entre ambos os tipos contratuais, e destacam o fato de as normas protetivas em favor do agente assentarem-se na circunstância de seu trabalho ser pessoal, muito próximo ao de um empregado,<sup>508</sup> e de, ao final do contrato, haver perda dos benefícios decorrentes da clientela angariada para o principal; já no que tange ao concessionário, tratar-se-ia ele de um operador econômico titular de uma organização empresarial com clientela própria, clientela esta que não se perde, em favor do concedente, necessariamente com o encerramento do contrato. Em sentido contrário, favorecem a aplicação analógica do estatuto do agente aqueles que destacam as mazelas comuns resultantes do fim do contrato, entendendo que, como os distribuidores auxiliam a criar um vínculo do consumidor com a marca, é bastante provável que, uma vez desligados da rede, não consigam manter a clientela, que continuará ligada à rede;<sup>509</sup> também relativizam a suposta maior independência do concessionário, comparativamente ao agente, considerando o fenômeno da integração nas redes de distribuição.<sup>510</sup>

Na França, a jurisprudência é francamente contrária à aplicação analógica dos dispositivos da agência aos contratos de concessão comercial, justamente por se entender que o concessionário, contrariamente ao que sucede com o agente, possui uma clientela própria, que pode manter após o término do contrato, gozando de maior independência frente ao concedente.<sup>511</sup>

Já na Alemanha, onde a matéria tem sido muito discutida, sendo grande a controvérsia doutrinária,<sup>512</sup> os Tribunais têm admitido a possibilidade de aplicação analógica do estatuto da agência à concessão comercial. Segundo notícia FERNANDO MARTINEZ SANZ, em extensa resenha da discussão naquele país, a jurisprudência do Bundesgerichtshof (BGH) acerca do tema teve seus marcos em decisões de 11.12.58, 16.02.61 e 11.02.77, sendo que a última veio assentar as bases para o tratamento analógico que ainda prevalecem, dispensando requisitos anteriormente exigidos com esse fim (como o emprego de capitais alheios na concessão) e consolidando estes: a) que a relação entre concedente e concessionário não se limite a uma simples sucessão de operações de compra e venda, mas, além disso, haja um grau razoável de integração

<sup>508</sup> Nesse sentido, Gallego Sanchez, *La franquicia*, p. 96, que acentua a proximidade entre a proteção do agente e a proteção do trabalhador.

<sup>509</sup> Martinez Sanz, *op. cit.*, p. 310.

<sup>510</sup> *Ibidem*, p. 323

<sup>511</sup> A propósito da impossibilidade de analogia, Champaud, *La concession ...*, p. 477; Guyenot, *Concessionnaires et commercialisation des marques: la distribution intégrée*, Paris, Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1975, p. 88, Puelinckx e Tielemans, *The termination of agency and distributorship agreements. a comparative survey*, *Northwestern journal of international law and business*, v. 3, n. 2, 1981, p. 465.

do concessionário na rede do concedente, similar ao que se configura na agência; e b) que haja uma obrigação de transmissão da clientela ao concedente, para que este continue a se beneficiar dela após o término do contrato, obrigação que pode ser presumida a partir de indícios tais como a transferência de informações ao concedente sobre a clientela existente.<sup>513</sup> A analogia a partir do regime legal da agência propicia a aplicação aos demais contratos de distribuição das regras sobre aviso prévio<sup>514</sup> e relativas à compensação pelos benefícios apropriados pelo principal. Quanto a essa compensação, o cálculo é feito considerando-se as comissões a que teria direito um agente na mesma situação, tendo-se em vista a clientela estável, excluída a ocasional e aquela que se perde ao fim do contrato de concessão e também deduzindo-se o efeito do poder atrativo da marca do concedente.<sup>515</sup> Na doutrina, os que se posicionam contrariamente à analogia alegam que o regime legal da agência é excepcional, tendo em vista a necessidade de maior proteção do agente, que não ocorre na concessão comercial.<sup>516</sup> Em sentido contrário, argüi-se que a regra protetiva não é excepcional, fundando-se em princípios gerais como o que veda o enriquecimento sem causa, pelo que é perfeitamente extensível à concessão; que mesmo as normas excepcionais são passíveis de integração analógica, dentro do campo da excepcionalidade;<sup>517</sup> que também o concessionário, formalmente autônomo, encontra-se economicamente subordinado ao concedente, não podendo prescindir de proteção.<sup>518</sup> As mesmas razões justificam a integração analógica dos contratos de franquia a partir das normas de agência, eis que neles a integração de uma das partes à atividade empresarial da outra é ainda mais notável.<sup>519</sup>

Em outros países europeus, a possibilidade de parcial extensão analógica do regime da agência à concessão também foi discutida, e, em alguns casos, afirmada pela doutrina e pela jurisprudência.<sup>520 521</sup>

<sup>512</sup> Martinez Sanz, op. cit., p. 283, em nota de rodapé, elenca autores alemães pró e contra a aplicação analógica à concessão comercial dos dispositivos referentes ao contrato de agência

<sup>513</sup> Ibidem, p. 286. V. também Crahay, *Les contrats internationaux* ..., p. 164, Maria Helena Brito, *O contrato de concessão comercial*, p. 158; Baldi, *Il concessionario* ..., p. 430; Puelinckx e Tielemans, *The termination* ..., p. 462 e seguintes; Echebarría Saénz, *El contrato de franquicia*, p. 139 e seguintes; Pinto Monteiro, *Denúncia* ..., p. 75, nota 79 (que traz várias referências doutrinárias), e p. 89; Pardolesi, *I contratti* ..., p. 204, Witz e Spiegel, *Le Droit allemand* ..., p. 131. Estes últimos autores afirmam categoricamente que: “Aujourd’hui, il est clairement établi que le concessionnaire a le droit d’être indemnisé, car il se trouve dans une position comparable à celle du représentant” (p. 131). Dizem ainda que, segundo a jurisprudência atual, o concedente, para ser viável a analogia, deve ter a possibilidade de usar a clientela que o concessionário atraiu, assinalando também que o poder atrativo da marca não elimina a capacidade de atração de clientela, pelos esforços do concessionário (p. 131).

<sup>514</sup> Witz e Spiegel, op. cit., p. 126.

<sup>515</sup> Ibidem, p. 132.

<sup>516</sup> Posicionamento referido por Martinez Sanz, op. cit., p. 303.

<sup>517</sup> Ibidem, p. 293

<sup>518</sup> Ibidem, p. 304

<sup>519</sup> Ibidem, p. 323

<sup>520</sup> Assim, na Espanha, Martinez Sanz, op. cit., p. 295, propugna pela possibilidade de analogia, entendendo que o regime da Lei nº 12/92, instituidora do estatuto protetivo dos agentes, não é excepcional, não se chocando com princípios gerais do Direito espanhol. Também favorável à analogia, desta feita do regime da agência para a franquia, Echebarría Saénz, *El contrato de franquicia*, p. 148

Na Itália, Cagnasso, *La concessione* ..., p. 87, aponta diferenças estruturais entre o contrato de agência e o de concessão, a não recomendarem a integração analógica. Ademais, segundo este autor, ao passo que a figura do agente é muito



No Brasil, o fato de inexistirem leis aplicáveis de forma geral aos contratos de distribuição, mas apenas textos específicos atinentes à representação comercial e à concessão de venda de veículos automotores terrestres, suscitou algumas poucas posições doutrinárias acerca do cabimento da analogia na matéria.

Quanto à aplicação analógica de normas da representação comercial aos contratos de concessão, manifestou-se contrariamente RUBENS REQUIÃO, forte na diversidade estrutural e funcional de ambos os tipos contratuais.<sup>522</sup> Na mesma linha, WALDÍRIO BULGARELLI.<sup>523</sup> Em sentido contrário, entende JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA que a excessiva subordinação do distribuidor nos contratos de concessão provoca o “deslocamento desses contratos mais para a proximidade das espécies tipológicas de representação comercial”.<sup>524</sup> Afirma ainda que a *ratio* da proteção não reside na forma da operação mercantil, compra e venda para revenda ou mera angariação de clientela, mas na efetiva subordinação do distribuidor às diretivas do produtor.

No que tange à aplicação analógica de partes do regime agasalhado na Lei nº 6.729/79 a outros contratos de concessão, que não os de veículos automotores terrestres, também se dividem as opiniões. Contrariamente, posiciona-se CLAUDINEU DE MELO, invocando o magistério de MIGUEL REALE, por entender que o diploma em referência se destina a regular uma relação jurídica específica, o que impede que o

---

próxima daquela do empregado (fica num ponto intermédio entre este e o livre empreendedor), já o concessionário seria plenamente um empresário autônomo.

Em Portugal, o preâmbulo do Decreto-lei nº 178/86, que dispõe sobre a agência, dá a entender ser possível a analogia relativamente à concessão comercial, estando assim redigido “Relativamente a este último (o contrato de concessão), detecta-se no direito comparado uma certa tendência para o manter como contrato atípico, ao mesmo tempo que se vem pondo em relevo a necessidade de se lhe aplicar, por analogia – quando e na medida em que ela se verifique –, o regime da agência, sobretudo, em matéria de cessação do contrato” (apud Pinto Monteiro, *Denúncia* . , p. 21). Pinto Monteiro refere-se a diversas decisões, inclusive do Supremo Tribunal de Justiça, que acolheram a tese favorável à analogia, no tocante à compensação do distribuidor pelos benefícios que deixou na rede (p. 52, nota 37, e p. 78, nota 83).

Na Áustria, segundo informa Baldi, *Il concessionario* ..., p. 431, a Cassação reconheceu em favor do concessionário a mesma indenização prevista em favor do agente comercial.

Na Bélgica, o problema se colocou apenas relativamente à franquia, até porque o contrato de concessão foi legislado antes do contrato de agência, admitindo-se a aplicação do regime da concessão à franquia (Christine Matray, *Le contrat de franchise en Droit belge*, p. 108; Bernard Dubuisson e Geneviève Tossens, *Les relations entre professionnels en Droit belge*, in *La protection de partie faible dans les rapports contractuels*, Jacques Ghestin e Marcel Fontaine (dir ), p. 462).

<sup>521</sup> Já nos EUA, segundo informa Pardolesi, *I contratti* ..., p. 394, a chamada *Missouri Doctrine* estendeu aos distribuidores direito contido no *Restatement 2º of the Law of Agency* (consolidação de opiniões doutrinárias e jurisprudenciais levada a efeito pelo *American Law Institute*, que, embora desprovida de valor normativo, goza de considerável influência no cenário jurídico norte-americano), de forma a garantir a permanência em vigor dos contratos de distribuição pelo tempo necessário à amortização dos investimentos realizados pelo distribuidor.

<sup>522</sup> “Ora, não seria possível invocar-se analogicamente o preceito da indenização tarifada, para a fixação da indenização do concessionário injustificado com a denúncia unilateral e desmotivada do contrato de concessão, dadas as diferenças radicais já postas em relevo entre um e outro contrato: o representante não compra, nem revende; o concessionário, ao contrário, compra e revende” (O contrato de concessão de venda com exclusividade, p. 41).

<sup>523</sup> *Contratos mercantis*, p. 434.

<sup>524</sup> Representação comercial e distribuição comercial: importância dos traços distintivos, *Revista de Direito Mercantil*, ano XXXV, n. 101, p. 114-118, jan /mar. 1996, p. 118

regime nele plasmado seja aplicável a outros contratos de distribuição.<sup>525</sup> No mesmo sentido, LUIS GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, para quem prorrogação ou renovação *ex lege* do contrato configuram restrições à liberdade de contratar e, como tais, devem ser interpretadas restritivamente.<sup>526</sup> Já defendendo a analogia, temos as opiniões de CARLOS ALBERTO SENATORE,<sup>527</sup> JORGE LOBO<sup>528</sup> e JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO.<sup>529</sup> Este último autor é enfático na sustentação da analogia, julgando que a *ratio* fundamental do regime da Lei nº 6.729 não assenta na especificidade da categoria econômica dos produtores e distribuidores de veículos, mas no fato de os distribuidores se revelarem como a parte mais fraca do contrato, sujeita à direção econômica do produtor.<sup>530</sup> Argumenta, ainda, que seria intolerável afronta ao princípio isonômico deixar ao desabrigo distribuidores de outros bens e serviços, cuja posição é similar à dos distribuidores de veículos.<sup>531</sup> Diante disso, conclui que o regime legal existente possui virtualidades expansivas, e que “a analogia, no caso, é permitida e até mesmo recomendada, não obstante ser *lex specialis* a referida Lei 6.729, porque esta apresenta linhas sistemáticas, formando um sistema orgânico, aplicáveis a hipóteses idênticas ou semelhantes, caracterizadas pela subordinação econômica do concessionário ao concedente, para a correção da desigualdade real entre eles, em nome do princípio do equilíbrio contratual e da isonomia em sentido amplo”.<sup>532</sup>

Pesquisando a jurisprudência pátria, pudemos verificar serem ainda escassas as decisões relativas ao tema, favoráveis ou contrárias à aplicação analógica das leis citadas. Favorecendo a aplicação analógica do contrato de representação comercial a contratos de distribuição, aresto da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.<sup>533</sup> Francamente hostil à aplicação analógica de preceitos da Lei nº 6.729/79 a contratos de distribuição outros que não os de distribuição de veículos automotores, há decisão do Superior Tribunal de Justiça, pela qual se entendeu que o

<sup>525</sup> “Sem razão, portanto, uma certa doutrina que procurou estender, à distribuição em geral, as normas específicas da Lei nº 6.729/79. Pretender aplicá-las analogicamente, como salientou Miguel Reale [em parecer datado de 23 de janeiro de 1983], ‘equivalaria a converter o intérprete ou o aplicador da lei em um legislador supletivo, tornando genérica uma lei expressa e explicitamente aplicável às concessões que tenham por objeto ‘veículos automotores terrestres’” (Contrato de distribuição, p. 41).

<sup>526</sup> Denúncia de contrato de franquia por tempo indeterminado, Revista dos Tribunais, n. 719, p. 83-96, setembro de 1995, p. 86.

<sup>527</sup> Estudo sobre o contrato de concessão comercial, p. 63.

<sup>528</sup> Contrato de franchising, Rio de Janeiro, Forense, 1994. Discorrendo sobre o contrato de franquia, este autor defende a sua integração analógica a partir das Leis nºs 4.886 e 6.729.

<sup>529</sup> Aplicação analógica da lei dos revendedores, in Revista de Direito Mercantil, a. XXII, n. 49, p. jan./mar. 1983, pp. 34 a 40.

<sup>530</sup> “A ‘especialidade’ da Lei 6 729 não deflui, se não aparentemente, de seus nexos com as categorias econômicas de produtores e distribuidores de veículos automotores. Na realidade, o que distingue e assinala aquele diploma legal é a tutela dos distribuidores, como partes economicamente mais fracas no contrato de concessão comercial, celebrados com os produtores (assim como o são as revendedoras perante as fabricantes de pneumáticos)” (op. cit., p. 35).

<sup>531</sup> Ibidem, p. 38.

<sup>532</sup> Ibidem, p. 39.

<sup>533</sup> AC nº 31 693, Rel. Des. Cristiano Graeff Júnior, j. 20.03.79, publicado na Revista de Jurisprudência do TJRS, nº 77, pp. 229-238, o qual, dentre outros fundamentos para condenar o produtor a indenizar distribuidor pela abrupta denúncia do contrato, arrola a Lei nº 4.886. Trata-se de decisão anterior à entrada em vigor da Lei nº 6 729/79.

diploma estatuiu um regime normativo particularmente distinto do Direito comum, excepcional, a recomendar a sua aplicação estanque.<sup>534</sup>

Feito esse apanhado de posições doutrinárias e jurisprudenciais, a tomada de posição acerca do problema deve levar em conta não só as semelhanças e dessemelhanças estruturais e/ou funcionais entre os contratos em exame, mas também a *ratio* de cada norma, bem como o seu caráter excepcional ou não.

Começemos pelo problema das normas ditas excepcionais. É voz corrente que as normas que contrariam os princípios gerais de um determinado sistema jurídico, ditas excepcionais, são avessas a tratamento analógico. Assim, por exemplo, em matéria contratual, qualquer norma que restrinja a liberdade das partes, no ato de contratar, na moldagem do conteúdo do contrato e mesmo no término do contrato, deve ser considerada excepcional, por afrontar ao princípio da autonomia da vontade. Por essa razão, não é passível de extensão analógica. Essa idéia, de uma aparente simplicidade e correção, revela-se bem mais problemática do que poderia parecer à primeira vista. Em primeiro lugar, o que seja normal e o que seja excepcional em um dado ordenamento já não é questão que suscita respostas simples e diretas. Hoje, reconhece-se que as vigas mestras de um sistema jurídico compõem-se de valores e princípios plúrimos e potencialmente conflitantes, cuja composição, equilíbrio, balanço, ponderação, deve ser buscada no caso concreto. Por conta disso, norma jurídica excepcional perante um determinado valor (liberdade) pode ser plenamente compatível com outro (igualdade). Tome-se, em matéria contratual, o princípio da autonomia privada, que convive com os princípios da boa-fé e da justiça material. Não se pode mais afirmar que a autonomia, que expressa o valor liberdade, seja o princípio sobranceiro, o parâmetro exclusivo para se julgar o que seja, nesse tema, uma norma geral e uma norma excepcional. Queremos significar, enfim, que, no atual contexto jurídico, parece despropositado afirmar-se a excepcionalidade de uma norma jurídica pelo simples fato de reduzir a esfera de autonomia das partes na formação, execução e terminação de um contrato. Acresce, como já referido, que a dinamicidade dos sistemas jurídicos contemporâneos provoca a irrupção de novos princípios, os quais acabam por transcender os domínios específicos nos quais foram gestados e disputar espaço com os princípios gerais preexistentes, ou, quando menos, adquirirem supremacia em certos microssistemas jurídicos.<sup>535</sup>

<sup>534</sup> “Contrato de distribuição relativo a informática - Impossibilidade de aplicação analógica de disposições contidas na Lei nº 6.729/79, a estabelecer uma regulamentação especialíssima para as relações pertinentes ‘a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre’. Trata-se de diploma que estatui conjunto normativo particularmente distinto do direito comum, criando significativas restrições à autonomia de vontade, que não se hão de estender a situações nele não previstas” (Ac un da 3ª T do STJ, Ag Reg no Ag 43.329-3/SP, Rel. Min Eduardo Ribeiro, j. 15.03.94). No caso, esclareça-se, tratava-se de empresa distribuidora de produtos informáticos, que postulava a aplicação de penalidades gradativas por faltas contratuais, previamente à denúncia do contrato, tal como disposto no § 1º, art. 22, da Lei nº 6.729/79

<sup>535</sup> Perlingieri, Perfis ..., p. 84.

Todavia, mesmo afirmada a excepcionalidade de um regime jurídico, isso não está a afastar a possibilidade de analogia, mas apenas a recomendar maior cautela e continência no procedimento analógico. A moderna metodologia jurídica não compadece regras hermenêuticas rígidas, não raro emoldurados em brocardos latinos, até por serem metodologicamente irrealistas, caso das que sustentam bem delineadas distinções entre certos procederes hermenêuticos, tais como analogia e a interpretação extensiva.<sup>536</sup> Como preleciona ENGISCH, a aceitação do carácter excepcional de uma norma não impede de todo a analogia, mas a restringe aos demais casos em que estejam presentes as mesmas razões que ditaram o tratamento diferenciado.<sup>537</sup> Pode-se, pois, identificar um campo da excepcionalidade, dentro do qual é perfeitamente possível a analogia. Nessa perspectiva, revela-se de grande importância a identificação do microsistema, dentro do qual a aplicação analógica de normas de um tipo contratual a outro tipo é menos problemática.<sup>538</sup>

Afastado esse obstáculo, trata-se agora, mais concretamente, de saber se as razões que justificam a proteção legal de agentes comerciais e, no caso brasileiro, também de concessionários de veículos automotores terrestres, se apresentam nos demais contratos de distribuição, de forma a autorizar a analogia.

No curso deste trabalho já tivemos oportunidade de identificar diversos pontos comuns entre os contratos estudados, a justificar enquadrá-los dentro do gênero contratos de distribuição, como família ou microsistema contratual. Vimos que desempenham funções econômicas similares, conquanto façam uso de técnicas jurídicas diversas. Também constatamos que o desempenho dessas funções exige um elevado

<sup>536</sup> Castanheira Neves, Metodologia jurídica: problemas fundamentais, Coimbra, Coimbra, 1993, p. 275

<sup>537</sup> “Na verdade, vale afirmar. Se uma disposição é editada para um determinado caso excepcional ou para um grupo de tais casos, não pode, é evidente, ser analogicamente aplicada a casos nos quais não se verifique esta situação excepcional”. Porém, “nos limites do pensamento fundamental do preceito excepcional, é bem possível uma analogia” (Introdução ao pensamento jurídico, 6. ed., Lisboa, Gulbenkian, 1988, p. 296). Bem antes, Ludwig Enneccerus, Derecho Civil – parte general, t. i, v. i, Barcelona, Bosch, 1947, p. 187, já chegara a conclusão similar, afirmando que, dentro do campo de aplicação do princípio estrito, estaria permitida a analogia. Para Castanheira Neves, Metodologia jurídica, p. 274, “decisivo é ponderar que se não pode excluir a possibilidade do reconhecimento de *eadem ratio* do regime da excepcionalidade prescrita perante casos não directamente previstos na norma excepcional, casos de aplicações analógica que então a própria *ratio juris* da excepção justificará (com o só limite dos casos singulares de privilégio e da ‘fatispecie exclusiva’ - v. Caiani, *ob loc cit.*, p. 367)”. A vedação absoluta à analogia a partir de normas excepcionais, adverte o mesmo autor, p. 275, já está superada na doutrina. Afirma ainda ser ingênua a distinção entre analogia e interpretação extensiva, para proibir a primeira e permitir a segunda: “essa proibição [de recurso ao procedimento analógico, em contraste com a possibilidade de interpretação extensiva] carece, pura e simplesmente, de metodológica condição de possibilidade” (p. 275). Enfim, “o que justifica a analogia em geral justificará igualmente a aplicação analógica de normas excepcionais, sempre que os dois momentos que atrás considerámos como condição daquela analogia se verificarem no seu particular âmbito de normatividade – ou seja, e como diz em geral a doutrina, sempre que a *eadem ratio* da norma excepcional ou do seu regime de excepção se puder afirmar quanto a outros casos não expressamente previstos nessa norma” (p. 275). Por sua vez, Maria Jose Falon y Tella, em monografia dedicada ao método analógico (El argumento analogico en el Derecho, Madrid, Civitas, 1991), conquanto sustente que as normas excepcionais sejam apenas passíveis de interpretação extensiva, e não de analogia, acaba por reconhecer que, “para las leyes excepcionales la prohibición de la analogía tiene um valor, más que absoluto, relativo, y más que efectivo, retórico. Esto es debido a la existencia de muchos supuestos em los que dicha prohibición, pese a existir leyes excepcionales, debe ser matizada” (p. 118) Esta autora faz referência à expressiva parcela da doutrina que reconhece a possibilidade de analogia das normas excepcionais, citando, dentre outros, os nomes de Enneccerus-Nipperdey, Carnelutti, e Coviello (p. 118).

<sup>538</sup> Irti, Leggi speciali ..., p. 148.

grau de colaboração entre as partes, e, até mais do que isso, de integração numa atividade empresarial que engloba entes juridicamente autônomos. Outro aspecto recorrente em tais contratos é a dependência do distribuidor relativamente ao fornecedor, especialmente quando a relação é qualificada pela exclusividade. Mas as diferenças entre os contratos em exame, especialmente entre a agência, de um lado, e a franquia e a concessão, de outro, também não são desprezíveis. O vincular a clientela diretamente ao representado, como o faz o agente, é um fator da mais alta importância, quando se analisam os efeitos da terminação do contrato, que, em regra, está ausente nas modalidades de distribuição indireta.

Em se tratando de analogia a partir do regulamento legal da agência, a diversidade da estrutura, do conteúdo das obrigações a cargo do agente, relativamente aos demais distribuidores, tem sido vista como um obstáculo a esse proceder.<sup>539</sup> A nosso ver, porém, o fato de a função jurídica do agente cingir-se, basicamente, à angariação de clientela, razão pela qual percebe comissões, ao passo que concessionários e franqueados realizam, por conta própria, venda de mercadorias e prestação de serviços ao consumidor final, não é, por si só, suficiente para eliminar a possibilidade de aplicação de algumas normas da agência aos demais contratos de distribuição. Acresce que a propalada maior subordinação do agente ante o representado, em situação que guarda proximidade com a de um empregado, como razão para o tratamento protetivo excepcional, também não afasta a possibilidade de analogia. É que, não custa repetir, a autonomia dos demais distribuidores acaba por revelar-se, em muitos casos, bastante inferior ao que se presume, tendo em vista a posição de dependência econômica que os sujeita às diretrizes do produtores, integrando-os, fortemente, às redes por estes constituídas. Impende, pois, proceder a um rigoroso exame do caso concreto, para se averiguar o grau de integração do distribuidor autônomo.<sup>540</sup> Por outro lado, se é normal que, na agência, prepondere a atividade pessoal do agente, também não parece estar aí a razão basilar do regime protetivo. Enfim, o que, a nosso ver, inspira os diversos estatutos garantidores de indenização ao agente ao término do contrato é o fato deste angariar uma clientela que continuará a beneficiar o representado após o final do contrato. Trata-se, pois, de uma situação que configura um certo enriquecimento ou benefício futuro do representado sem o pagamento de contrapartida a quem lho gerou. O representado apropria-se, ao final do contrato, dos resultados do esforço comum, e isso justifica que compense o agente.<sup>541</sup> É

<sup>539</sup> A posição contrária à analogia, com base em considerações dessa ordem, é sustentada por Pardolesi, I contratti, p. 287.

<sup>540</sup> Conforme preconiza Pinto Monteiro, Denúncia ..., p. 86: "Tudo passa, assim, num primeiro momento, por averiguar, em cada caso concreto, se o concessionário, pese embora juridicamente actue por conta própria, desempenhou funções, cumpriu tarefas e prestou serviços semelhantes aos de um agente, em termos de ele próprio dever considerar-se, pela actividade que exerceu, como um relevante factor de atracção da clientela. A sua (maior ou menor) integração na rede do concedente, as obrigações (mais ou menos extensas, mais ou menos intensas) que assume em ordem à prossecução e defesa dos interesses deste, os deveres de informação a seu cargo e de respeito pelas instruções que dele recebe, o tipo de bens distribuídos, etc, serão, para esse efeito, elementos importantes a considerar".

<sup>541</sup> Em algumas leis europeias, especialmente o estatuto germânico do agente, inspirador da Diretiva 653/86 da CEE e de outras leis nacionais, consoante já exposto, essa ligação entre o benefício gerado pela clientela e a compensação devida

certo que, no Brasil, o pagamento de indenização ao agente não está vinculado à prova de que ele beneficiou o representado com um acréscimo de clientela ou que potencializou os negócios com a clientela que já existia. Conquanto, na gênese da Lei nº 4.886/65, tenha sido considerada uma certa proximidade entre a situação do agente e aquela do assalariado,<sup>542</sup> que se traduziu num tratamento simétrico da denúncia unilateral, e, mais recentemente, se reforçou com a equiparação, no caso de falência, dos créditos do agente aos créditos trabalhistas, isso não afasta a idéia de que a indenização também serve como contrapartida dos benefícios que o representante continuará a extrair da atividade pretérita do agente. Por outro lado, ainda que concessionários e franqueados não angariem clientela diretamente para o produtor, ao contrário do que se dá com o agente, eles ligam a clientela à marca, de tal sorte que, findo o contrato, é bastante provável que a rede e, mais especialmente, o seu controlador, continue a se beneficiar da existência dessa clientela.<sup>543</sup> É claro que a situação, aí, é bastante mais complexa, podendo exigir, no caso concreto, uma extensa pesquisa dos fatos, mas isso não está a autorizar, por si só, uma resposta negativa, baseada na falsa premissa de que, na condição de comerciante independente, o distribuidor tem condições de manter íntegro seu fundo de comércio, após o término do contrato. Por tudo isso, especialmente nos países em que apenas o contrato de agência é normatizado, pensamos ser razoável a utilização analógica das normas que garantem indenização ao agente ao final do contrato, o que não significa aplicação tal e qual dos critérios de indenização. Assim, por exemplo, o transplante da indenização devida ao agente para o território dos demais distribuidores deve ser feito com as devidas adaptações, dentre as quais, a redução da importância a ser indenizada tendo em vista o poder atrativo da marca.

É forçoso reconhecer, todavia, que o regime indenizatório do agente revela-se de um lado excessivo e de outro insuficiente para os demais distribuidores. Excessivo, a exigir cuidados na aplicação analógica das normas, porque não se pode presumir, pura e

---

ao agente é bastante clara. Mas, mesmo em leis que não condicionam e dimensionam a indenização a partir do benefício gerado para o representante, em termos de clientela adquirida, também nos parece subjacente essa razão. É o caso da legislação francesa, a qual, como visto, garante, de forma geral, a indenização ao agente ao final do contrato, mesmo em hipóteses que não envolvem a denúncia unilateral do contrato, quando, por exemplo, por motivo de força maior (doença), o próprio agente se retira da atividade.

<sup>542</sup> Não custa lembrar que o projeto original, vetado pelo Presidente da República, praticamente igualava o agente a um empregado, razão aliás do veto, como explica Rubens Requião, *Do representante comercial*, p. 10: “Esse projeto, com efeito, tinha a viciosa pretensão de assemelhar de muito o contrato de representação comercial ao contrato de trabalho dos vendedores, viajantes e praticistas, regulado pela Lei nº 3.207, de 24 de julho de 1957. Nas razões daquele ‘veto’, a Presidência da República acusada o Projeto de procurar transformar a relação jurídica entre representantes e representados ‘em locação de serviço apenas para o fim de estender ao representante as vantagens e garantias que a legislação do trabalho assegura ao trabalho assalariado’”.

<sup>543</sup> Martínez Sanz, *La indemnización ...*, p. 310, julgando secundário o problema da diferenciada forma de remuneração do representante e do concessionário, como fator impeditivo da analogia, averba que: “En ambos supuestos, sin embargo, se produce - o puede producirse, según las circunstancias del caso concreto - un labor de creación o consolidación de clientela que podría ser susceptible de retribuirse con cargo a la compensación por clientela” Em sua opinião, ainda que juridicamente os clientes sejam do concessionário, fática e economicamente também o são do fabricante, questão que, de resto, precisa ser apreciada caso a caso (p. 311). Por outro lado, não se pode pressupor sempre que a marca seja o fator fundamental de atração da clientela ou que, em o sendo, seu prestígio seja decorrente de forma exclusiva da atuação do produtor (p. 315). Em suma: “Lo decisivo es que, una vez extinguido el contrato, el concedente tenga efectivo acceso a la clientela conseguida por el concesionario - sin que ello deba entenderse como la consecuencia necesaria de una concreta obligación contractual en tal sentido” (p. 317)

simplesmente, a transferência da clientela do concessionário ou franqueado para o concedente ou franqueador. Insuficiente, em razão de a distribuição por intermédio de franqueadores e concessionários exigir investimentos expressivos, os quais se perdem ou, quando menos, se desvalorizam ao final do contrato, e cuja eventual indenização em regra não é contemplada no regime legal da agência.<sup>544</sup>

Porém, entre nós, a partir da Lei nº 6.729/79, decresceu em importância a necessidade de construção de um regime jurídico para os concessionários e franqueados a partir do estatuto dos representantes comerciais. É que tal diploma justamente se aplica a uma categoria de concessionários e, por tal razão, oferece soluções mais apropriadas para esse tipo de distribuidores (e também para os franqueados). Tem razão, em termos, TAVARES GUERREIRO, em opinião já referida, quando afirma que o aspecto fundamental a justificar a proteção dos concessionários de veículos não reside na especificidade do bem durável que distribuem no mercado, mas, sim, na situação de dependência do distribuidor perante o produtor e nos evidentes prejuízos com os quais arca por ocasião do término do contrato. Ora, tudo isso é comum aos demais distribuidores, ainda que a distribuição de outros produtos possa, mas não necessariamente, exigir menores investimentos. Deveras, nos contratos de concessão em geral e nos contratos de franquia podem estar presentes as mesmas razões que justificam, no contrato de concessão de veículos automotores, a recompra de estoques,<sup>545</sup> a compra de equipamentos<sup>546</sup> e a indenização calculada com base no faturamento e na duração do contrato.<sup>547</sup> Já no que toca à duração mínima do contrato de concessão de venda de veículos automotores por tempo determinado, que é de cinco anos,<sup>548</sup> parece-nos que esse limite mínimo funda-se na presumível necessidade de grandes inversões para se operar um estabelecimento que distribui tais bens, circunstância específica do setor, que, em regra, não estaria a recomendar aplicação analógica da norma.

Registre-se que também podem mostrar-se adequadas a uma extensão analógica regras de regimes jurídicos de tipos contratuais estranhos aos contratos de distribuição. Estamos a referir-nos, por exemplo, as regras próprias aos contratos associativos.<sup>549</sup>

<sup>544</sup> Todavia, como já assinalado, a legislação espanhola da agência possibilita a indenização dos investimentos do agente não-amortizados.

<sup>545</sup> Lei nº 6.729/79, art. 23, I.

<sup>546</sup> Art. 23, II.

<sup>547</sup> Art. 24, III.

<sup>548</sup> Art. 21, parágrafo único

<sup>549</sup> Conquanto, vale insistir, não qualifiquemos os contratos de distribuição como contratos associativos, já que, sem embargo da inegável colaboração entre as partes (que, de resto, ao influxo do princípio da boa-fé, vai ganhando corpo relativamente a diversos outros contratos de intercâmbio de prestações), suas prestações são basicamente contrapostas, é certo que a atividade desenvolvida pelas partes, cada qual para a realização do próprio interesse, não deixa de gerar alguns benefícios comuns, nomeadamente, a agregação de uma *plus valia* à marca do produto, traduzida no aumento da clientela que lhe é fiel. Essa circunstância, se, por si só, não permite, a nosso ver, enquadrar os contratos em exame sob a categoria dos contratos associativos, e, assim, possibilitar a aplicação direta de normas referentes a tais contratos, permite, quando, menos, a aplicação analógica de algumas dessas normas. Enfim, de um conjunto de relações bilaterais comutativas, no seio de uma rede de distribuição, pode derivar um interesse comum relativamente a certos elementos ou

Realmente, com muito maiores cautelas, não seria de se afastar de toda a aplicação analógica aos contratos de distribuição, principalmente àqueles que implicam um elevado grau de integração do distribuidor à rede, caso do contrato de franquia, de regras atinentes às circunstâncias em que admissível a denúncia e à liquidação de haveres comuns nos contratos associativos,<sup>550</sup> bem assim dos preceitos que balizam os poderes dos controladores de sociedades ou de grupos societários.<sup>551</sup> Entre nós, vale citar alguns dispositivos que regulam a sociedade civil no Código Civil, dos quais não seria de todo inapropriado extrair, analogicamente, limites para a denúncia de contratos de distribuição: o art. 1.374 estabelece que, sendo o contrato por tempo indeterminado, o sócio poderá retirar-se mediante aviso prévio com dois meses de antecedência ao termo do ano social, **salvo se o objeto da sociedade for empresa que deva durar um certo lapso mínimo de tempo**; já o art. 1.404 dispõe que a renúncia de um dos sócios só dissolve a sociedade, quando feita de boa-fé, em tempo oportuno, e notificada aos demais sócios com dois meses de antecedência; o art. 1.405 caracteriza como renúncia de má-fé aquela em que o sócio renunciante pretende apropriar-se exclusivamente dos benefícios que os sócios tinham em mente colher em comum, e, como inoportuna a renúncia, quando as coisas não estejam em seu estado integral, ou quando a sociedade puder ser prejudicada com a dissolução nesse momento; por fim, o art. 1.406 estipula que, na renúncia de má-fé, o sócio renunciante poderá ser excluído pelos demais, sem prejuízo de vir a participar na vantagem esperada, e, na renúncia inoportuna, a sociedade poderá continuar, apesar da oposição do renunciante, até a época do primeiro balanço ordinário, ou até a conclusão do negócio pendente. Deixando-se de lado aquilo que é específico da relação

---

valores agregados à rede. Por sinal, é com base nessa idéia de interesse comum que Amiel-Cosme, *Les réseaux ...*, p. 233, identifica alguns limites aos poderes do controlador da rede para pôr fim a relações contratuais com um ou alguns distribuidores: “Il y aurait abus de droit de la part d’un cocontractant à prendre une décision, au cours des relations contractuelles ou au jour de la rupture du contrat, contrairement à l’intérêt commun et dans l’unique dessein d’en retirer un avantage personnel au détriment de son cocontractant” (p. 233). Diversamente, legítima, por exemplo, a exclusão de um distribuidor realizada com o propósito de se reorganizar a rede de distribuição, consoante, informa a autora, p. 89, já decidiu a Cassação, em acórdão de 19.01.83.

<sup>550</sup> Nesse sentido, Echebarria Saénz, *El contrato de franquicia*, p. 173: “Intentando extraer alguna consecuencia de los párrafos anteriores, considero justificado afirmar que la franquicia no es um contrato societario, ni aun em sentido amplio, pero que sí es um contrato dotado de fin o interés común y ello nos permite su ubicación entre los contratos asociativos o de organización em sentido lato, factor de extremada importancia, puesto nos permitirá la traslación analógica de principios propios del contrato societario *in genere*”. Nessa perspectiva, o autor, op. cit., p. 175, cita, como aplicáveis à franquia, dentre outros, o preceito plasmado no art. 1.705 do Código Civil espanhol, que condiciona a eficácia da denúncia à sua realização de boa-fé e em tempo oportuno. Michele Klein, *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid, Civitas, 1997, p. 167, defende que as pautas para a denúncia dos contratos de sociedade sejam aplicáveis, em maior ou menor medida, a todos os demais contratos por tempo indeterminado.

<sup>551</sup> Entre nós, Fábio Konder Comparato é quem defendeu de forma mais resoluta a qualificação societária dos contratos que integram concedentes e concessionários numa mesma atividade empresarial. Por conta disso, na análise de um caso concreto que lhe foi submetido, forte na alínea b, § 1º, art. 117, da Lei das Sociedades Anônimas, qualificou como abusiva a denúncia do contrato de concessão, cujo efeito prático era inviabilizar a atividade empresarial do concessionário (Grupo societário fundado em controle contratual, in *Direito Empresarial*). Note-se, todavia, que o processo judicial que ensejou tal pronunciamento teve um desfecho desfavorável ao concessionário. Nele, arguiu-se a existência de uma sociedade entre autor e réu, com supedâneo no art. 1.363 do Código Civil, postulando-se, em razão disso, a aplicação das normas contidas nos arts. 116 e 117, da Lei das Sociedades Anônimas, que dispõem sobre a extensão dos poderes do controlador. As decisões das instâncias ordinárias foram desfavoráveis à autora e o recurso ao STJ não foi conhecido por aquela Corte, em acórdão com a seguinte ementa: “Civil. Contrato de transmissão de programas de TV. Natureza jurídica. O contrato entre empresas de televisão, concessionárias de serviço público, não se inclui no gênero sociedade e, contendo cláusula resolutiva, se extingue segundo nela enunciado”. (Ac un da 3ª Turma do STJ, REsp nº 15.247-RJ, Rel. Ministro Dias Trindade, j. 10.12.91). O Relator do acórdão, para afastar a alegação de



societária, pode-se considerar como de má-fé a denúncia do contrato de distribuição motivada pela intenção do principal de apropriar-se dos frutos do trabalho de divulgação da marca no território atribuído ao distribuidor, com exclusão deste; e inoportuna a denúncia em prazo insuficiente a garantir a amortização dos investimentos realizados pelo distribuidor e, quiçá, algum retorno sobre esses investimentos. Dessas hipóteses, voltaremos a tratar adiante.

Para concluir este tópico, não nos parece seja demasiado afirmar, mais uma vez amparados na noção de microssistema contratual, no caso, de microssistema dos contratos de distribuição, que, para além de uma analogia *legis*, seja possível falar-se em analogia *juris*, isto é, na transformação, em princípios do microssistema, de algumas regras específicas a alguns dos tipos contratuais que o compõem, eliminadas particularidades aplicáveis somente ao tipo de origem. Por todo o exposto, pensamos que um desses princípios, extraídos da normativa tanto dos contratos de agência, como dos contratos de distribuição de veículos automotores, é o da indenização/compensação do distribuidor pela denúncia imotivada do contrato de distribuição por tempo indeterminado.

#### 4.4. LIMITES QUE DEFLUEM DA FUNÇÃO TÍPICA DOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO

Para além das soluções legais expressas e da sua aplicação analógica a outros contratos de distribuição, pode-se também buscar limites implícitos ao término desses contratos no jogo de interesses envolvidos ou na sua própria função.<sup>552</sup> O princípio de que, nos contratos por tempo indeterminado, existe, a todo tempo, a possibilidade de denúncia *ad nutum* encontra obstáculos na própria conformação de alguns contratos, mais especialmente no seu objeto ou na sua causa (entendida como função económico-social do tipo).

Nunca é demasiado lembrar que, hodiernamente, a proteção conferida pelo ordenamento aos contratos não repousa apenas no respeito cego à vontade das partes. O contrato não é apenas um meio à disposição de quaisquer fins, ressalvada a observância dos bons costumes e da ordem pública; dele se espera que produza utilidades, lícitas, para ambos os contratantes, além de ser socialmente útil, e que, segundo uma idéia de justiça, essas utilidades mantenham um razoável equilíbrio entre si, não só genético, mas também funcional.

Transplantadas essas idéias para o nosso terreno de análise, verificamos que, nos contratos de duração, o tempo influencia diretamente na maior ou menor satisfação dos

<sup>552</sup> Já tivemos ocasião de mencionar que, na França, a ausência de um estatuto próprio para os agentes comerciais (editado apenas em 1958), e os abusos que essa situação propiciava, estimularam a jurisprudência a buscar soluções decorrentes da própria natureza do contrato. Daí nasceu a qualificação da agência como um mandato de interesse comum, vale dizer, um mandato em que o mandatário não obra apenas no interesse do mandante, mas no seu próprio, de tal maneira a ter direito aos frutos de seu trabalho. Ora, a consequência dessa qualificação era justamente restringir a possibilidade de término do contrato ao talante de uma das partes, exigindo-se a apresentação de justos motivos. Explica Amiel-Cosme, *Les réseaux*, p. 94, que essa teoria “a été forgée par les tribunaux à la fin du dix-neuvième siècle pour entraver l’application de l’article 2004 du Code civil prévoyant la révocation *ad nutum* des contrats de mandat”. Adiante, p. 100, a mesma autora esclarece o que vem a ser o interesse comum no mandato: “En réalité, l’intérêt commun des parties au contrat de mandat consiste dans la réalisation d’un objet commun (1) qui, dans le mandat, se trouve être la création et le développement d’une clientèle commune (2)”. Tal construção jurisprudencial veio depois a inspirar as soluções legislativas que se seguiram. Tentativas houve de extrapolar o campo para o qual se estabelecera a teoria, em ordem a se garantir a mesma proteção aos contratos de concessão. Nesse sentido, passou-se a falar não mais em mandato de interesse comum, mas, com um sentido geral, em contrato de interesse comum, do qual seria exemplo típico a concessão. Todavia, certos alvitre doutrinaários nesse sentido tiveram pouca ressonância nos Tribunais. A Cassação, em especial, não vislumbrou o mesmo interesse comum, na relação concessionário-concedente, a justificar o tratamento conferido à relação agente-representado, no que pertine à denúncia do contrato (Pigassou, *La distribution intégrée*, p. 520; Dutilleul e Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, p. 758). Esta Corte firmou posição, como veremos, de sancionar apenas a denúncia abusiva pelo concedente, não entendendo como tal aquela simplesmente desprovida de motivação. Mas, recentemente, a chamada *Loi Doubin* deu novo alento a alguns dos que defendem a tese do interesse comum como freio à denúncia arbitrária do contrato, pois o art. 1º desse diploma é expresso ao dispor sobre a obrigação de fornecer informações prévias à assinatura de “tout contrat conclu dans l’intérêt commun des deux parties”. Nesse sentido, a opinião de Virassamy, *Les relations entre professionnels en Droit français*, p. 508. Em outros países, a idéia de proteger o concessionário com base nessa construção também parece não ter encontrado eco. Um dos raros exemplos que encontramos, é decisão do Tribunal de Nápoles, citada por Baldassari, *I contratti di distribuzione*, p. 489, que, julgando de interesse comum a concessão, condiciona a possibilidade de denúncia do contrato à apresentação de justa causa. Extraímos da ementa o seguinte excerto: “Il contratto di concessione di vendita può essere risolto in base ai principi propri del mandato, ai sensi degli artt. 1723 e 1725 c.c. e quindi, trattandosi di mandato oneroso conferito nell’interesse di entrambe le parti, può essere revocato solo in presenza di una giusta causa. Il rifiuto opposto dal

interesses envolvidos na relação contratual. O tempo, aí, não interfere no modo de cumprimento,<sup>553</sup> mas co-determina a própria prestação. Assim, a interrupção abrupta do contrato poderá impedir que seu objeto se realize, que seja desempenhada sua função, ao menos em relação a uma das partes. Daí por que muitos contratos a rigor não são por tempo indeterminado, mas, em verdade, por tempo determinável, determinabilidade esta que se extrai dos elementos que lhe são intrínsecos.<sup>554</sup> Em casos tais, pode-se afirmar que o contrato tem duração mínima implícita. Essa duração mínima, em alguns casos, só favorecerá a uma das partes, aquela que, rompido o contrato antes de um certo tempo, não terá alcançado as finalidades que lhe são típicas.<sup>555</sup> Em nosso Direito positivo, temos bons exemplos de contratos por tempo indeterminado que, a partir de seu objeto ou causa, podem transformar-se em contratos por tempo determinável: comodato e sociedade civil. No comodato, o prazo mínimo de duração decorre do uso para o qual a coisa foi emprestada.<sup>556</sup> Na sociedade civil, já o vimos, o direito de retirada também encontra obstáculo temporário no objeto a ser realizado, se for uma empresa ou negócio determinados.<sup>557</sup>

Voltando nossa atenção aos contratos sob estudo, lembramos que, mais do que fornecer arcabouço para uma sucessão de operações individualizadas e estanques (seqüência de compras de mercadorias para revenda), eles dão forma jurídica a uma atividade empresarial desenvolvida coordenadamente por diversos agentes econômicos. Atividade está a significar um vínculo funcional entre uma série de atos. Frequentemente, também exige das partes uma preparação prévia e a realização de investimentos que só renderão frutos e se pagarão a partir de um determinado momento. O resultado perseguido pelas partes só vem com o tempo, embora -- e aí está uma fonte de problemas e conflitos -- esse tempo não seja necessariamente o mesmo para ambas.<sup>558</sup> Como já assinalado, os sistemas de distribuição indireta integrada cumulam duas vantagens para o fornecedor: i) a transferência para terceiros dos custos de abertura e manutenção dos estabelecimentos de revenda ii) sem a perda de controle sobre a

---

concessionario di evadere ulteriori richieste di fornitura da parte di terzi integra gli estremi della giusta causa necessaria per revocare il mandato, perché costituisce inadempimento della sua obbligazione”.

<sup>553</sup> Imediato, parcelado ou diferido no tempo. Há casos, note-se, em que a prestação ocorre em um momento preciso, mas sua fase preparatória se desenvolve durante um extenso período de tempo, como se dá, por exemplo, na aquisição de um imóvel que ainda está sendo construído.

<sup>554</sup> Nesse sentido, Jacques Azéma, *La durée des contrats successifs*, p. 81, afirma que o objeto é um modo de determinação indireta da duração do contrato, assim como a causa também pode sê-lo.

<sup>555</sup> Não as finalidades puramente subjetivas, irrelevantes, se não materializadas de alguma forma no contrato

<sup>556</sup> “Art. 1 250. Se o comodato não tiver prazo convencional, presumir-se-lhe-á o necessário para o uso concedido, não podendo o comodante, salvo necessidade imprevista e urgente, reconhecida pelo juiz, suspender o uso e gozo da coisa emprestada, antes de findo o prazo convencional, ou o que se determine pelo uso outorgado”. Note-se que norma similar já se encontrava no art. 1.888, do Código Civil francês, conforme lembra Jacques Azéma, *op cit.*, p. 82.

<sup>557</sup> “Art 1374. No silêncio do contrato, o prazo da sociedade será indefinido, salvo a cada sócio o direito de retirar-se mediante aviso com dois meses de antecedência ao termo do ano social. **Se, porém, o objeto da sociedade for negócio ou empresa, que deva durar certo lapso de tempo, enquanto esse negócio, ou essa empresa, não se ultime, terão os sócios de manter a sociedade**”. Importa ainda transcrever o art. 1405, do Código Civil: “A renúncia é de má-fé, quando o sócio renunciante pretende apropriar-se exclusivamente dos benefícios que os sócios tinham em mente colher em comum, e haver-se-á por inoportuna, se as coisas não estiverem no seu estado integral, **ou se a sociedade puder ser prejudicada com a dissolução nesse momento**” (destaques nossos)

<sup>558</sup> Lorenzetti, *Fundamentos ...*, p. 414.

atividade de revenda. Ora, assumindo o ônus dos investimentos, o distribuidor precisa de uma garantia quanto à possibilidade de amortizá-los. Partindo dessas considerações, temos que existe um prazo mínimo determinável de duração inerente aos contratos de distribuição por tempo indeterminado: aquele dentro do qual, considerando-se a situação de mercado, será possível, em tese, a recuperação dos investimentos realizados pelas partes, especialmente, pelo distribuidor.<sup>559 560</sup> Isso não significa, respondendo a previsível objeção, que seja possível, ou mesmo desejável, no quadro de uma economia de mercado, garantir-se aos agentes econômicos o retorno dos investimentos. Em outras palavras, não se pode suprimir a margem de risco inerente a toda e qualquer iniciativa empresarial. O que se quer evitar é que uma das partes, por ato seu, frustre o atingimento das funções típicas do contrato, impossibilitando a recuperação dos investimentos que foram realizados em ordem a criar uma estrutura distributiva a um só tempo descentralizada e integrada à rede do principal.

Não se trata, bem entendido, de se captar uma vontade presumida das partes,<sup>561</sup> artifício tão ao gosto dos arautos da autonomia de vontade, mas, insista-se, de garantir a consecução das funções legal ou socialmente típicas ao contrato, de, em outras palavras, possibilitar seja extraída a utilidade própria ao tipo contratual em questão.

Raciocínio similar poderia ser aplicado aos contratos por tempo determinado insuficiente para garantir a amortização dos investimentos do distribuidor? Há quem entenda que sim, mais uma vez com base na função do contrato, que poderia ser

<sup>559</sup> É o entendimento esposado por Echebarría Saénz, *El contrato de franquicia*, p. 477 e p. 517, onde assinala que “el fin práctico del contrato de franquicia exige ineludiblemente un período de contratación mínima con independencia del término contractual formulado, cuyo alcance depende básicamente de la escala de amortización que es posible establecer en función del factor fijo, tiempo otorgado, y en relación a factores variables como el volumen de negocios previsto, tasa de rentabilidad, etc., para cuyo cómputo es posible utilizar las previsiones precontractuales del franquiciador e índices reveladores como el nivel de compras o ventas mínimas exigidas por el franquiciador al franquiciado”. Na mesma linha, Pardolesi, *I contratti*, p. 328, que alicerça sua posição no princípio da boa-fé contratual. O mesmo autor, *op. cit.*, p. 325, faz referência à *Missouri Doctrine*, já referida, que atrela a duração do contrato ao tempo necessário à amortização de investimentos. E volta ao tema a p. 396, para concluir: “‘In conclusione, possiamo convenire che la stipulazione di contratti sine die non costituisce più pratica allettante per il produttore che voglia abusare della ‘dipendenza economica’ del franchisee. Sebbene un buon numero di giurisprudenza continui a riconoscere un diritto incondizionato di recesso, va sempre più affermandosi l’orientamento giurisprudenziale inteso a garantire una ‘vita minima’ del rapporto non necessariamente breve, se al distributore dev’esser offerta la chance di recuperare gli investimenti, in qualunque momento essi siano stati fatti (più um ragionevole preavviso, cioè il periodo necessario per ‘chiudere’ la franchise e minimizzare le perdite)’”.

<sup>560</sup> Tal exigência, por sinal, foi expressamente acolhida pelo projeto de Código Civil, em dois dispositivos. O primeiro, aplicável de forma geral aos contratos por tempo indeterminado:

“Art. 473 A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente a permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”

O segundo, atinente aos contratos de agência ou distribuição:

“Art. 720 Se o contrato for por tempo indeterminado, qualquer das partes poderá resolvê-lo, mediante aviso prévio de noventa dias, desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente

Parágrafo único. No caso de divergência entre as partes, o juiz decidirá da razoabilidade do prazo e do valor devido”

<sup>561</sup> Partindo dessa idéia de vontade presumida como fundamento da continuidade do contrato, Ivan Cherpillod, *La fin des contrats de durée*, Lausanne, CEDIDAC, 1988, p. 153.

simplesmente inviabilizada por um prazo contratual muito curto.<sup>562</sup> Mas aqui é preciso maior cautela do aplicador, já que, em princípio, deve-se partir do pressuposto de que as partes chegaram a um consenso quanto ao prazo mínimo para a consecução dos interesses de cada qual, não havendo disposição legal que obrigue à contratação por prazo determinado maior.<sup>563</sup> Esse prazo, portanto, deverá ser respeitado, salvo se presentes fatores outros, que levem à aplicação da cláusula geral da boa-fé, da qual nos ocuparemos a seguir.

---

<sup>562</sup> É a formulação de Echebarría, op. cit., p. 517, que preconiza a declaração da nulidade da cláusula que fixa prazo contratual muito curto, passando o contrato a ser por tempo indeterminado, ou melhor, determinável de acordo com o prazo necessário para a amortização dos investimentos.

<sup>563</sup> A nosso juízo, não seria sustentável, consoante já dito em outro lugar, a aplicação analógica da norma inscrita no art. 21 da Lei nº 6 729, que prescreve, caso o contrato seja por tempo determinado, um prazo mínimo de cinco anos. Tal preceito, a nosso ver, tem sua *ratio* nos vultosos investimentos que, pressupõe-se, sejam necessários ao estabelecimento de um concessionário de veículos automotores, tanto no que respeita à estrutura de vendas propriamente dita, como à estrutura voltada à assistência técnica pós-venda.

#### 4.5. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E A TERMINAÇÃO DO CONTRATO

Já acenamos para o fato de que a inexistência de regimes legais, para parte significativa dos contratos de distribuição, exige uma utilização intensiva de princípios jurídicos, na solução dos problemas que os afligem, notadamente do princípio da boa-fé, funcionando como freio ao exercício de poderes e faculdades emergentes da relação contratual.<sup>564</sup> A boa-fé incide sobre a relação contratual de diversas maneiras: como bitola para a interpretação do contrato; como fonte de deveres de conduta (função integrativa); e, no que agora nos interessa mais de perto, como limite ao comportamento das partes, absorvendo, nesta última função, o papel do abuso de direito.<sup>565</sup> A idéia de abuso em matéria de terminação do contrato mostra toda sua fecundidade não sob a ótica subjetiva, enquanto intenção de prejudicar a outra parte,<sup>566</sup> enquadrada na teoria dos atos emulativos, mas sob o prisma objetivo, no ato que, diante das circunstâncias que se apresentam no caso concreto, é passível de causar danos a uma das partes do contrato, independentemente de haver uma vontade nesse sentido.<sup>567</sup>

Em matéria de terminação do contrato, tanto mais boa-fé se exige, quanto maior a integração provocada, a dependência de uma das partes em relação à outra, e, por conseguinte, o potencial de lesividade da denúncia unilateral do contrato. Quanto mais danos o ato de uma das partes possa causar à posição da outra, mais orientado ele deve estar pelo princípio da boa-fé.<sup>568</sup> A abusividade do ato de ruptura do contrato, por

<sup>564</sup> No uso dos princípios, todavia, é preciso evitar a tentação de transformá-los de fórmulas jurídicas em fórmulas mágicas, cuja mera invocação seria bastante para resolver qualquer problema jurídico que se apresentasse ao intérprete. A boa-fé, em especial, por tanto tempo relegada a uma função secundária, tornada letra morta nos Códigos, quer em razão de uma mitificação da autonomia de vontade, quer em virtude de um método avesso às cláusulas gerais, volta com toda força na esteira de uma metodologia não mais receosa de valer-se de princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados. Esse fenômeno deve ser saudado, mas sem a ilusão de que a boa-fé se transformará na panacéia para a resolução dos problemas contratuais.

<sup>565</sup> A noção de abuso de direito, que, a partir da visão funcionalista de Josserand, passou a ter larga aceitação (mas também crítica) na França, sendo acolhida no Brasil a partir da interpretação *a contrario* do art. 160, I, do Código Civil, consoante Pedro Baptista Martins, O abuso de direito e o ato ilícito, 3. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 92. Para este autor, op. cit., p. 163, afere-se o uso ou o abuso do direito pela ponderação de interesses à luz das funções sociais e econômicas do direito: “Essa justa medida dos direitos individuais obtém-se mediante exame dos seus fins econômicos e sociais e confronto entre a importância dos interesses que o agente visa resguardar e os interesses do terceiro por ele lesados”.

<sup>566</sup> Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, 4. ed., Paris, LGDJ, 1949, p. 177, corifeu da vertente subjetivista do abuso afirma o seguinte quanto ao exercício dos poderes relacionados com a extinção da relação contratual: “Cet exercice este dominé para la règle morale que l’on ne peut rompre le contrat dans la pensée de porter préjudice à autrui”. Trata-se de um enfoque pouco fecundo, e que, para além de um problema probatório (a dificuldade em se demonstrar esse intuito, que raramente revela-se à luz do dia), deixa de resolver a maior parte dos problemas que se apresentam em tema de denúncia unilateral de contratos.

<sup>567</sup> Jacques Azéma, La durée..., p. 265, após discorrer sobre ambas as vertentes do abuso, observa que a jurisprudência francesa inclina-se pela investigação das circunstâncias objetivas em que se operou a ruptura do contrato. Entre nós, vale transcrever o magistério de Darcy Bessone, Do contrato: teoria geral, p. 237: “Não seria civil, no entanto, que o titular da prerrogativa se utilizasse dela no propósito de causar prejuízos ao outro contratante ou causando-os inconsideradamente, **mesmo sem a intenção de produzi-los**. Neste uso anormal, antifuncional, consistiria o abuso” (destaque nosso).

<sup>568</sup> Para Michele Klein, El desistimiento..., p. 163, propósito da aplicação da cláusula geral de boa-fé aos casos de terminação unilateral do contrato é fazer com o que o exercício dessa prerrogativa cause o menor dano possível à outra parte, o que, em termos mais concretos, implica que a ruptura não seja brusca, que não busque causar danos à outra

denúncia, desinteresse unilateral na renovação, ou resolução, torna-se, pois, o estalão de controle manejado pela jurisprudência forânea e pátria.<sup>569</sup>

Importa, agora, identificar, sem pretensão de exaurir o tema, as circunstâncias, apontadas pela doutrina e/ou consagradas pela jurisprudência, que permitem a identificação da boa ou má-fé na ruptura do vínculo contratual. O exame dos casos exemplares evita que a evocação do princípio em questão se torne uma retórica vazia, um paliativo para a ausência de soluções melhor fundamentadas.

---

parte ou se apropriar de resultados gerados pelo esforço comum, e, finalmente, que não lhe acarrete despesas desnecessárias (p. 171).

<sup>569</sup> Pigassou, *La distribution intégrée*, p. 524, observa que, na França, a opção jurisprudencial foi justamente o controle da denúncia a partir da noção de abuso. Daí a conclusão de Jacques Azéma, *La durée*, p. 259, segundo a qual “l’on peut dire que la notion de rupture abusive constitue une limitation générale du droit de résiliation unilatérale du contrat à durée indéterminée”.

#### 4.5.1. INTEMPESTIVIDADE DA DENÚNCIA – A EXIGÊNCIA DE AVISO PRÉVIO

Reputa-se abusiva, e, assim, contrária à boa-fé, a denúncia abrupta do contrato, isto é, aquela que, sem um período de transição a partir da vontade externada por uma das partes, leva ao seu imediato encerramento.<sup>570</sup> Daí a imposição de um interregno entre a declaração da parte e o efetivo término da relação contratual. Em outras palavras, exige-se aviso prévio, a cargo da parte desinteressada na continuação do contrato, qualquer que seja ela.<sup>571</sup>

Essa exigência, firmada inicialmente em contratos de trabalho, passou a generalizar-se, por obra legislativa e jurisprudencial, aos demais contratos de duração por tempo indeterminado, a ponto de ser, hoje, reputada uma condição geral para o exercício da denúncia.<sup>572</sup> Por sinal, já vimos que ponto comum à regulação dos contratos de agência é a imposição de um prazo de aviso prévio, cuja duração pode ser fixa ou, como se tem visto na Europa, variável segundo a duração do contrato.<sup>573</sup>

Para além das hipóteses expressamente agasalhadas em lei, a jurisprudência de diversos países tem consagrado a necessidade de aviso prévio, seja aplicando analogicamente normas de outros contratos,<sup>574</sup> seja vislumbrando na ausência de aviso prévio uma modalidade típica de denúncia abusiva e, portanto, contrária à boa-fé. Este último é o caso na França, onde doutrina e jurisprudência são concordes em identificar a falta de aviso prévio como caracterizadora de denúncia abusiva.<sup>575</sup>

A função desempenhada pelo aviso prévio não é tanto garantir a recuperação dos investimentos feitos pela parte, matéria da qual já tratamos supra e voltaremos a enfocar adiante,<sup>576</sup> mas possibilitar-lhe um prazo razoável para liquidar seus estoques, redirecionar sua atividade econômica, buscando uma nova forma de utilização de seu

<sup>570</sup> Pardolesi, op. cit., p. 334; Klein, op. cit., p. 166.

<sup>571</sup> Temos aqui uma das poucas condições aplicáveis à denúncia não só originária do fornecedor, mas também do distribuidor.

<sup>572</sup> Maria Helena Brito, op. cit., p. 238. Para Giovanni Gabrielli, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 30, o repúdio à cessação abrupta do contrato suscita na doutrina “l’affermazione di una correlazione necessaria fra recesso e preavviso”.

<sup>573</sup> A título ilustrativo, a lei espanhola que regula os contratos de agência estipula, em seu art. 25, um prazo de aviso prévio de um mês por ano de duração do contrato, até o máximo de seis meses.

<sup>574</sup> A analogia, segundo Gabrielli, op. cit., p. 30, justifica-se, na medida em que os preceitos que dispõem sobre aviso prévio não possuem caráter excepcional. Na Itália, Fauceglia, *Il franchising ...*, p. 103, defende a aplicação analógica da norma inscrita no art. 1.569 do Código Civil, estabelecida para a *somministrazione*. Também é a posição defendida por Baldi, *Il contratto di agenzia*, p. 129. Na Alemanha, jurisprudência firme aplica analogicamente a obrigação de aviso prévio, disposta para o contrato de agência, no § 89 do HGB (Witz e Spiegel, *Le Droit allemand* . . . , p. 126).

<sup>575</sup> A título exemplificativo, citamos as opiniões de Champaud, *La concession commerciale*, p. 479 e Dutilleul e Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, p. 786. Quanto à jurisprudência, basta ter presentes diversas decisões da Cassação referidas na *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et Économique*, 1976, n. 3, p. 591, com comentário de Jean Hémard, e na mesma revista, 1986, n. 1, p. 149.

<sup>576</sup> Todavia, na prática, os dois problemas se confundem, eis que, como veremos em seguida, a importância dos investimentos realizados pela parte é um dos aspectos que deve ser considerado na quantificação do aviso prévio.



estabelecimento comercial,<sup>577</sup> e encerrar operações pendentes.<sup>578</sup> Já se a denúncia for feita pelo distribuidor, o prazo de aviso prévio, em favor do fornecedor, presta-se basicamente a permitir àquele a alocação de um novo distribuidor na área ocupada pelo antigo.

Se é relativamente pacífica a exigência de aviso prévio na denúncia dos contratos por tempo indeterminado, o mesmo não ocorre quando se trata de não-renovação de contratos por tempo determinado. Aqui, em regra, a relação se encerra automaticamente, alcançado o termo, sem necessidade de notificação prévia pela parte desinteressada em dar-lhe continuidade. Não é incomum, contudo, que o contrato estabeleça a renovação automática, caso a parte desinteressada na continuidade do contrato não dê ciência disso à outra dentro de um determinado período antes do seu término. Em sentido contrário, pode prever-se um prazo para que as partes se manifestem sobre o interesse na sua continuação, à falta do quê o advento do termo contratual operará de pleno direito.

Todavia, mesmo sendo omissa o contrato por tempo determinado, há quem defenda a necessidade de aviso prévio por parte de quem não pretenda dar continuidade à relação, após o termo final, com base no princípio da boa-fé.<sup>579</sup> A nosso sentir, nos contratos de distribuição, é natural a expectativa de que a relação sobreviva ao termo final do contrato por tempo determinado, por conta dos investimentos realizados e da integração atingida entre produtor e distribuidor. É de se exigir, pois, que, com razoável antecedência, haja expressa manifestação em sentido contrário, gerando certeza de que a relação não terá continuidade, ou que, quando menos, estejam presentes indícios de que uma das partes não dará continuidade à relação, uma vez atingido o marco final estabelecido no contrato.<sup>580</sup>

No que concerne à fixação do prazo de aviso prévio, quando não está previsto em lei,<sup>581</sup> a doutrina tem alvitado que se leve em conta o tempo de duração do contrato, as inversões realizadas pelo distribuidor, e o grau de integração entre as partes, dentre

<sup>577</sup> Assumindo, por exemplo, a distribuição de um produto concorrente, o que não significa, bem entendido, que o prazo deverá estender-se indefinidamente, até, de fato, ser encontrado um novo fornecedor.

<sup>578</sup> Jonás Bergstein, *La extinción del contrato de distribución*, La extinción del contrato de distribución, Montevideo, FCU, 1996, p. 109; Klein, *El desistimiento* ..., p. 202

<sup>579</sup> Nesse sentido, opinam Esperanza Gallego Sanchez, op. cit., p. 101; Christophe Jamin, *L'évolution du Droit français de la concession commerciale*, p. 223; Marzoratti, *Sistemas* ..., p. 81. Na França, a Cassação também já reputou abusiva a falta de aviso prévio na não-renovação do contrato, como relata Pigassou, op. cit., p. 521. Todavia, a mesma Corte, em decisão de 09 01 85 (publicada na *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et Économique*, 1986, n. 1, p. 150) julgou ser desnecessário o aviso prévio, quando o contrato exclui expressamente a recondução tácita

<sup>580</sup> Os próprios conflitos entre as partes podem desempenhar essa função indiciária, bem como a recusa em fornecer mercadorias ao distribuidor em volume que não possa ser revendido no prazo faltante do contrato

<sup>581</sup> No Brasil, vale referir que, ao passo que a Lei nº 4.886/65 estabelece para o contrato de agência, em seu art. 34, um prazo de aviso prévio de 30 (trinta) dias, a Lei nº 6.729/79, em seu art. 22, § 2º, determina que, em qualquer hipótese de resolução do contrato de concessão comercial de comercialização de veículos automotores, "as partes disporão do prazo necessário à extinção das suas relações e das operações do concessionário, nunca inferior a 120 (cento e vinte) dias,

outros fatores.<sup>582</sup> Disso tem resultado, na jurisprudência estrangeira e pátria, a fixação de prazos de aviso prévio sensivelmente superiores aos estabelecidos para os contratos de agência.<sup>583 584</sup>

Efeito da inobservância do aviso prévio não é a ineficácia da denúncia, mas o estabelecimento de uma indenização, considerando o prazo que deveria ter sido concedido à outra parte.<sup>585</sup> Esta, por sinal, é a solução freqüentemente adotada pelos diplomas legais que tratam da matéria, os quais estabelecem uma alternativa para o denunciante: observar o prazo de aviso prévio ou pagar um determinado valor à outra parte.<sup>586</sup> Em se tratando de agência comercial, a indenização substitutiva do aviso prévio será calculada a partir da média das comissões pagas no pretérito. Já no que respeita aos demais contratos de distribuição, deverão ser considerados os lucros cessantes do distribuidor no período de aviso prévio,<sup>587</sup> também estimados com base nos lucros pretéritos. Além disso, impõe-se a aquisição da mercadoria estocada pelo distribuidor, que, pela ausência de prazo hábil, restará impossibilitado de colocá-la no mercado.<sup>588</sup>

Embora a relação contratual persista durante o período de aviso prévio, seu conteúdo é alterado em função da seu término, que se aproxima. Poder-se-ia falar em

---

contados da data da resolução”. Este prazo, note-se, deve ser observado mesmo em se tratando de resolução por descumprimento contratual.

<sup>582</sup> Nicolas Thirion e Anne Benoit-Moury, *Les concessions de vente en Droit belge*, p. 191, elencam estes fatores a serem considerado na quantificação do prazo de aviso prévio: duração do contrato, território, renome dos produtos distribuídos, clientela, importância das obrigações assumidas, caráter concorrencial do mercado, importância das receitas do negócio para o concessionário, investimentos, outros encargos que o concessionário assumiu. Bergstein, *La extinción ...*, p. 114, estima que o aviso prévio deve ser quantificado considerando-se o grau de integração entre as partes, as características do produto, a exclusividade, o renome da marca, a importância das receitas oriundas do contrato relativamente ao total das receitas do concessionário. Para Champaud, *La concession commerciale*, p. 480, a duração do aviso prévio deve estar relacionada ao grau de integração gerado pelo contrato. Puelinckx e Tielemans, *The termination*, p. 476, consideram relevantes para a fixação do prazo de aviso prévio os seguintes fatores: duração do contrato, lucros realizados, magnitude do território, dificuldade previsível para se assumir a distribuição de outros produtos, reputação da rede.

<sup>583</sup> Na França, levando-se em conta a antiguidade da relação e a importância dos investimentos, o aviso prévio tem sido fixado pela jurisprudência entre seis meses e um ano, consoante notícia Ferrier, *op. cit.*, p. 309. Na Bélgica, segundo informam Virassamy, *Les contrats ...*, p. 283, e Puelinckx e Tielemans, *op. cit.*, p. 475, o aviso prévio pode chegar a três anos. Em Portugal, decisões referidas por Pinto Monteiro, *Denúncia ...*, p. 67, nota 67, fixam o prazo de aviso prévio para os contratos de concessão entre seis meses e um ano.

<sup>584</sup> Já se decidiu, por exemplo, que, consideradas as vultosas obrigações assumidas pelo concessionário, o prazo razoável de aviso prévio seria de um ano (Ac por maioria do 1º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 7.166-RJ, Rel. Des. Paulo Dourado de Gusmão, j. 21.11.79, publicado na *Revista dos Tribunais*, nº 536, p. 172). Em outro julgado, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entendeu insuficiente o aviso prévio de 90 dias, ante a longevidade do contrato (mais de quarenta anos) e o grau de integração entre as partes (Ac un da 1ª Câmara Cível do TJRS, AC nº 31.693, Rel. Des. Cristiano Graeff Júnior, j. 20.03.79, publicado na *Revista de Jurisprudência do TJRS*, nº 77, pp. 229-238).

<sup>585</sup> Diversamente, Gabrieli, *Vincolo contrattuale ...*, p. 34, entende que, em alguns casos, o recesso será caracterizado como poder de eficácia diferida, podendo a parte prejudicada exigir a observância do prazo. Para Klein, *El desistimiento*, p. 222, na linha aqui defendida, a inobservância do aviso prévio dá direito a indenização, mas não retira validade ou torna ineficaz o ato de denúncia. Esse entendimento é abonado, informa a mesma autora, *op. cit.*, p. 227, pelo Tribunal Supremo espanhol.

<sup>586</sup> Eis o que dispõe a Lei nº 4.886/65, na forma de obrigação alternativa a cargo da parte desinteressada no prosseguimento da relação: “Art. 34. A denúncia, por qualquer das partes, sem causa justificada, do contrato de representação, ajustado por tempo indeterminado e que haja vigorado por mais de 6 (seis) meses, obriga o denunciante, salvo outra garantia prevista no contrato, à concessão de pré-aviso, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, ou ao pagamento de importância igual a um terço das comissões auferidas pelo representante, nos 3 (três) meses anteriores.

<sup>587</sup> Puelinckx e Tielemans, *op. cit.*, p. 476; Klein, *op. cit.*, p. 240.

<sup>588</sup> Klein, *op. cit.*, p. 240.

uma fase de dissolução do contrato, que precede sua extinção. A mesma boa-fé que impõe a concessão do aviso prévio, exige que cada uma das partes se comporte de forma a reduzir ao mínimo os prejuízos da outra. Assim, o fornecimento de mercadorias deverá ser mantido no volume estimado como necessário ao funcionamento do estabelecimento do distribuidor durante o período restante: o fornecedor não poderá sonegar as mercadorias suficientes a tanto, e, de sua parte, o distribuidor não poderá postular o fornecimento de mercadorias em quantidade desproporcional.

#### 4.5.2. DURAÇÃO DO CONTRATO PELO PRAZO MÍNIMO ESTIMADO COMO NECESSÁRIO À AMORTIZAÇÃO DE INVESTIMENTOS DO DISTRIBUIDOR

Essa matéria já foi examinada sob o ponto de vista da função do contrato de distribuição. Impõe-se, agora, sua análise pelo ângulo da boa-fé.

Não é demais insistir em que uma das grandes vantagens das formas de distribuição indireta, para o fornecedor, consiste na transferência para o distribuidor dos ônus com investimentos em ativo fixo (imóveis, equipamentos diversos) e com despesas correntes necessários à operação do negócio. Realmente, se, no contrato de agência, o investimento do agente é presumivelmente reduzido, prevalecendo o seu trabalho pessoal, o mesmo não se dá na concessão e na franquia, onde, pelo contrário, revela-se indispensável a criação de uma organização empresarial, que requer disponibilidade de capitais próprios e/ou de terceiros pelo distribuidor. Daí por que, aliás, as leis acerca da agência, em regra,<sup>589</sup> não trazem preceitos sobre o reembolso de investimentos realizados pelo agente, que se estimam de pequena monta. Acresce que, diante de um mercado cada vez mais competitivo, as exigências de capital tornam-se maiores: é preciso que o estabelecimento do distribuidor impressione pelo requinte, grandiosidade, que conte com os equipamentos mais modernos segundo o estado da arte, que disponha de um serviço de assistência técnica altamente especializado, de empregados bem treinados etc.

O fornecedor, portanto, exige ou, quando menos, estimula a realização de inversões a cargo do distribuidor, necessárias ao sucesso não só do próprio estabelecimento, mas também da rede. Esses investimentos beneficiam ambas as partes e contribuem para firmar a imagem da rede como um todo perante o público consumidor. Ora, se o fornecedor deu causa e é também, ao menos indiretamente, beneficiário dos investimentos realizados pelo distribuidor, impõe-se-lhe, por força do princípio da boa-fé, omitir-se de proceder a uma denúncia precipitada do contrato por tempo indeterminado, que ponha em risco a possibilidade de amortização desses investimentos. Em outras palavras, afigura-se abusiva a denúncia que se faça em momento no qual ainda não seja razoável se esperar que o distribuidor tenha recuperado suas inversões.<sup>590 591</sup> Em reforço

<sup>589</sup> Uma das exceções, já o vimos, é o diploma espanhol que regula os contratos de agência.

<sup>590</sup> Nesse sentido, a opinião de Brito, op. cit., p. 239, para quem a boa-fé “justifica que, em certos casos, o direito de denúncia só possa ser exercido depois de decorrido um prazo mínimo após a celebração do contrato”, dentre os quais cita justamente a hipótese de amortização dos investimentos de capital fixo, que a denúncia pode tornar inúteis, especialmente quando tais investimentos tenham sido induzidos pelo concedente. Esta autora cita, também, o Decreto-lei nº 446/85, diploma português que veda cláusulas contratuais que coloquem à disposição de uma das partes a possibilidade de denúncia do contrato, sem compensação adequada, quando o contrato tenha exigido investimentos consideráveis. Na mesma linha, Bergstein, op. cit., p. 132. “quien consiente un determinado plan de inversión, genera en la contraparte la confianza de que, efectuándose las inversiones previstas, se gozará de un plazo objetivamente razonable y suficiente como para amortizar esa inversión”. Na Itália, Baldassari, op. cit., p. 515, é conclusivo a respeito da matéria: “Pertanto, qualora si tratti di un contratto a tempo indeterminato, l’esercizio del potere unilaterale di recesso

dessa tese, há ainda o fato de que os esforços no sentido de uniformizar a imagem da rede e de especializar a atuação do distribuidor implicam a formação de um ativo empresarial dificilmente conversível para outras atividades. Isso significa que o ativo do distribuidor perde, em muitos casos, significação econômica, quando desvinculado da rede, ou pelo menos passa a ser subutilizado.

Nos contratos por tempo determinado, é mais difícil se garantir a permanência da relação contratual, para além do seu termo, com base na idéia de proteção aos investimentos do distribuidor. Quanto aos investimentos iniciais, presume-se que o distribuidor tenha feito um cálculo econômico, de modo a recuperá-los no curso do contrato, sem que seja necessária, para tanto, a continuação deste. Pode ocorrer, todavia, que tais investimentos se revelem por demais onerosos, ultrapassando a estimativa inicial (que pode ter sido realizada com base em informações fornecidas pelo próprio fornecedor), sendo objetivamente inviável a sua recuperação no decorrer do período inicial do contrato. Acresce que o prazo contratual pode ter sido fixado a partir de projeções, elaboradas pelo fornecedor, de existência e/ou perspectivas de desenvolvimento do mercado que, no curso do contrato, venham a se revelar irrealistas. Nessa hipótese, embora, vale repetir, não se possa oferecer uma garantia certa de retorno ao distribuidor, a boa-fé estaria a impor uma prorrogação do contrato. Em situações que tais, entendemos que cumpre ao fornecedor apresentar razões substanciais, para recusar a renovação do contrato. Além disso, quando, a par dos investimentos coevos à formação do contrato, o fornecedor induz, estimula ou mesmo exige do distribuidor a realização de novas inversões, não previstas inicialmente, aí, sim, apresenta-se, sem dúvida, uma situação onde é abusiva a recusa de renovação do

---

incontrerà senza dubbio un correttivo nella preventiva fissazione di un periodo sufficiente a garantire al franchisee l'ammortamento degli investimenti effettuati". Na Suíça, Cherpillod, op. cit., p. 37, que menciona decisão do Tribunal Federal, que fixou a duração mínima de contrato por tempo indeterminado, a partir do tempo necessário à rentabilidade dos capitais investidos pelo distribuidor. Na Argentina, Marzoratti, op. cit., p. 299, que estima em dois anos o tempo médio para a recuperação de investimentos em franquias de serviço. A idéia, segundo relata E. Allan Farnsworth, *Good faith in contract performance*, in *Good faith in contract law*, Jack Beatson e Daniel Friedmann (coord), Oxford, Clarendon, 1997, p. 159, tem repercutido nas cortes norte-americanas, onde se passa a reconhecer, com base na exigência de boa-fé, a necessidade de proteção dos pesados investimentos feitos pelo franqueado.

<sup>591</sup> Veja-se que estamos a falar em **possibilidade** de amortização dos investimentos, e não na efetividade dessa amortização. É que, como expusemos retro, não se pode garantir, nos quadrantes de uma economia de mercado, a certeza de retorno dos investimentos. O que importa, e isso pode ser determinado a partir de projeções econômicas, é que o contrato tenha tido curso pelo tempo razoavelmente estimado para essa finalidade. A propósito, Pardolesi, op. cit., p. 326: "Ai fini di una corretta deliberazione delle direttive di intervento ex art. 1.375 [que trata da boa-fé na execução do contrato], occorre individuare due parametri: a) l'entità complessiva degli investimenti che il recesso del produttore rischia di rendere irrecuperabili; b) il lasso di tempo necessario per il loro ammortamento. ( ) Per il punto *sub b*), non si há altra scelta che affidarsi alla redditività media di unità commerciali operanti in contesti assimilabili. La stima è inevitabilmente approssimativa (anche se una traccia illuminante può venire dai bilanci di esercizio della stessa impresa del distributore) e destinata ad esser tributaria di criteri di ragionevolezza, tanto più che il processo di ammortamento è rimesso a scelte gestionali e perciò soggetto a consistenti oscillazioni. Si può comunque ritenere che il periodo in questione non possa in nessun caso eccedere il tempo che una somma di pari entità impiega a riprodursi se depositata in banca al saggio corrente di interesse attivo: questo è, infatti, il minimo 'costo di opportunità' per l'imprenditore che investa capitale di rischio; e il discorso è ancora più scontato nel caso in cui il capitale sia reperito sul mercato finanziario".

contrato.<sup>592</sup> Mas aqui já estamos ingressando no campo da teoria dos atos próprios, objeto do próximo tópico.

---

<sup>592</sup> Nesse sentido, Ferrier, op. cit., p. 311; Baldassari, op. cit., p. 521. A Cassação francesa, em decisão de 05 04 94, também já julgou abusiva a não-renovação, quando, antes do término do contrato, o concedente estimulou o concessionário a fazer investimentos (Revue Trimestrielle de Droit Commercial et Économique, 1994, n. 4, p. 773)

#### 4.5.3. COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO DO FORNECEDOR

Hipótese clássica de ofensa ao princípio da boa-fé diz respeito ao comportamento contraditório de uma das partes (*venire contra factum proprium*), que inicialmente cria, por seus atos, uma determinada expectativa na outra, depois frustrada por um ato contrário. Isso ocorre, por exemplo, quando, após sinalizar a continuação do contrato, a parte lhe põe fim por ato próprio.<sup>593</sup> Caso típico desse comportamento, nos contratos de distribuição, envolve o estímulo, pelo fornecedor, a investimentos a serem feitos pelo distribuidor. Gera-se, com isso, expectativa legítima de continuação do contrato, defraudada pela subsequente denúncia ou não-renovação. Outra situação digna de nota é aquela em que o controlador da rede induz os distribuidores a participarem de programas de qualidade, atribuindo notas ou conceitos de aprovação a distribuidores que, na sequência, são expelidos da rede, pois o pleno atendimento aos padrões de qualidade da rede, especialmente quando reconhecido pelo seu controlador, gera a legítima expectativa de continuação do contrato. Não é admissível que, contraditoriamente, o controlador reconheça os esforços do distribuidor, mas dê fim ao contrato. Enfim, e os exemplos poderiam ser multiplicados, a idéia geral é que o controlador vincula-se pelos seus comportamentos e pelas expectativas que gera no distribuidor, de tal sorte que, indo de encontro a eles, ao denunciar a relação contratual, pratica ato abusivo.

---

<sup>593</sup> “Un derecho de rescisión u otro derecho de transformación no pueden ser ejercitados cuando, p. ej., su titular se manifiesta en contradicción con su anterior conducta, defraudando de esta forma la expectativa justificada de la otra parte” (Larenz, Derecho de obligaciones, t. i, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 151)

#### 4.5.4. MOTIVAÇÃO DA DENÚNCIA

Conforme já exposto, a proibição de contratos perpétuos, que possui raízes filosóficas e econômicas, enseja a possibilidade de se dar fim a relações contratuais por tempo indeterminado, sem necessidade de maior fundamentação. Não se exige um motivo específico da parte denunciante, bastando o simples desejo de não mais estar vinculada por determinado contrato. As modalidades de denúncia abusiva, de que cuidamos supra, não chegam a afrontar essa idéia, ainda que estabeleçam algumas balizas para o exercício regular do poder formativo extintivo. Todavia, dando um passo adiante, a questão que nos dispomos a examinar é se, em alguns contratos, é admissível, sob a ótica da boa-fé contratual, a denúncia “vazia”, ou, invertendo os termos, se não seria exigível uma motivação adequada do ato de denúncia e mesmo de não-renovação do contrato.

Abrimos aqui um parêntese, para ressaltar que a progressiva funcionalização dos direitos subjetivos tende a reduzir a amplitude dos atos discricionários também em matéria de relações entre particulares. Em particular, no que concerne ao exercício de direitos formativos (ou poderes jurídicos), que interferem na esfera jurídica alheia, isso implica a exigência de adequada motivação por parte do titular do direito em questão. Acresce que, a partir da idéia de proporcionalidade, o exercício de certas prerrogativas passa a ser sindicado à luz das conseqüências que acarreta para terceiros ou para a outra parte de uma relação contratual.

Retomando o fio de nossa exposição, não é demasiado repetir que os contratos de distribuição tendem a solapar a autonomia empresarial do distribuidor, que se integra à rede, sujeitando-se ao controle por parte do fornecedor. Nesse contexto, o desfazimento da relação contratual, conquanto possa trazer algumas dificuldades para o fornecedor, revela-se, freqüentemente, letal para a empresa do distribuidor. Numa franquia, por exemplo, a figura do franqueado tende a permanecer anônima perante o consumidor, já que todos os esforços se canalizam no sentido de criar um vínculo à rede, ou, melhor ainda, à marca distribuída pela rede. Por isso mesmo, findo o contrato, perde-se o elemento que propiciava consistência ao fundo de comércio do franqueado. Diante desse quadro, a rotura do contrato desacompanhada de qualquer motivação revela-se abusiva. Com efeito, o simples não querer, desprovido de maiores justificações, soa insuficiente para dar fim a relações contratuais que exigem um grau intenso de colaboração e de confiança entre as partes e que provocam uma situação de integração à rede e, freqüentemente, de dependência do distribuidor relativamente ao fornecedor.



Em suma, a boa-fé, numa relação com as características expostas, impõe um dever de motivação por parte do fornecedor que pretenda denunciar um contrato por tempo indeterminado ou mesmo não-renovar um contrato por tempo determinado.<sup>594 595</sup>

596

<sup>594</sup> É a opinião de Esperanza Gallego Sanchez, op cit, p. 104: “En atención a las inversiones efectuadas por el franquiciado, a la clientela eventualmente adquirida y a las legítimas expectativas de continuación de la relación, la ausencia de renovación sin un válido motivo podría ser contraria a la buena fe en la ejecución del contrato”. Do mesmo entender, Amato, *Impresa e nuovi contratti*, p. 2106: “in Italia, pur mancando delle norme specifiche, dovrebbe ritenersi contrario a buona fede (art. 1375 cod. civ.) il mancato rinnovo non sorretto da un valido motivo, tenuto conto degli investimenti fatti dal franchisee, della nuova clientela da questi acquista e dunque del suo legittimo affidamento in ordine alla prosecuzione del rapporto”. Em sentido contrário, Echebarria Sáenz, op. cit, p. 477, que dispensa a justificação para a denúncia do contrato por tempo indeterminado. Já com os olhos voltados para a jurisprudência argentina, Carlucci, op. cit., p. 134, cita várias decisões relativas à nulidade da cláusula que permite a denúncia sem justa causa, por atentatória à boa-fé e por se caracterizar como exercício abusivo de direitos. Todavia, reconhece a mesma autora, a Corte Suprema de Justiça daquele país reformou decisão da Sala “b” da Câmara Nacional de Comércio (que julgara irregular uma denúncia de contrato desprovida de causa), por entender que, à vista da duração do contrato (dez anos), nada havia de irregular na denúncia, e que não se poderia transformar o contrato de prazo indeterminado em contrato perpétuo. Essa decisão, informa ainda a autora, gerou uma acirrada discussão doutrinária naquela país.

<sup>595</sup> Na França, há diversos posicionamentos doutrinários favoráveis à motivação da denúncia. Assim, Guyenot, *Concessionnaires* ..., p. 97, que reputa abusiva a denúncia desprovida de motivo legítimo. Igualmente, Dutilleul e Delebecque, op. cit., p. 778, os quais, a partir da conjugação de diversos diplomas legais (especialmente os que punem o abuso de poder econômico consistente na recusa de venda e na exploração abusiva de dependência econômica), extraem a obrigação de motivação da denúncia. Da mesma forma, Virassamy, *Les contrats* ..., p. 223, para quem, a exemplo do que ocorre nos contratos de trabalho e de locação, a cessação dos contratos de distribuição, modalidade de contratos de dependência, deve ser justificada. Todavia, como observa Ferrier, op. cit., p. 311, essa idéia não fez fortuna na jurisprudência daquele país, sendo isoladas as decisões que exigem motivação para a ruptura, devendo, sim, o contratante prejudicado provar a intenção reprovável do outro. Dentre outras decisões nessa linha, mencionamos acórdãos da Cassação de 11.01.83, publicado na *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et Économique*, 1987, n. 2, p. 335, e de 06.01.87, publicado na mesma revista, 1988, n. 1, p. 122. Jean Hémard, na mesma revista, 1981, n. 4, colaciona acórdãos da Cassação que dispensam motivação para que o contrato não seja renovado, desde que tenha havido aviso prévio ou advertência antecipada de que o contrato somente seria renovado dentro de certas condições. Mais recente, julgado da Cassação de 04.01.94, segundo o qual a não-renovação do contrato não precisa ser motivada, citado por Amiel-Cosme, op. cit., p. 291. A mesma autora, op. cit., p. 291, porém, observa que, em se tratando de distribuição seletiva, a não-renovação está condicionada à falta de preenchimento das condições objetivas de seleção. Tal o entendimento da Cassação, em julgado de 27.04.93, reportado por Ronzano, op. cit, p. 25.

<sup>596</sup> No Brasil, Rubens Requião deixou bem vincado seu posicionamento quanto à abusividade da denúncia desprovida de justa causa. Assim se manifesta o saudoso mestre, em seu trabalho seminal sobre o contrato de concessão no Direito brasileiro (*O contrato de concessão de venda com exclusividade*, p. 37): “A rescisão unilateral desmotivada pode, perfeitamente, ser revista sob as luzes da teoria do abuso de direito, atribuindo à vítima do ato abusivo um direito à indenização”. Adiante, volta ao tema: “É claro que se não houve motivo para a rescisão, seja de que parte for, a rescisão abusiva importará no direito de a parte prejudicada e ofendida pleitear a indenização de perdas e danos, para compor os prejuízos sofridos” (p. 43). Também esta é a opinião de Jorge Lobo, *Contrato de franchising*, p. 68, segundo o qual a idéia de abuso de direito possibilita apenas a denúncia “cheia” do contrato. Todavia, não se colhe na jurisprudência de nossos Tribunais, até o momento, uma posição sólida acerca do tema. Pela desnecessidade de motivação, citamos as ementas a seguir. “Indenização. Contratual. Rescisão com base em cláusula potestativa. Abuso de poder econômico. Inocorrência. Apelante que necessitava da parceria para o desenvolvimento do negócio. Exclusividade firmada no interesse das partes. Legitimidade da rescisão imotivada mediante aviso prévio. Recurso não provido. Não há potestatividade na cláusula que permite a rescisão imotivada mediante aviso prévio, mesmo porque não se pode impor a continuação de uma parceria sem interesse para um dos contratantes” (Ac do TJSP, AC 235.264-2, Rel. Des. Scarance Fernandes, j. 21.06.94). “Representação Comercial. Prazo Indeterminado. Rescisão contratual. Notificação. Indenização. Julgamento antecipado da lide. Sendo o substrato probatório dos autos hábil a formar o convencimento do magistrado, dispensam-se, por sua prescindibilidade, outros meios de prova, aplicando-se a regra do art. 330, I, do CPC, pelo que não há cerceamento de defesa. É inerente ao contrato de distribuição por prazo indeterminado, a possibilidade de sua extinção sem causa justificada, por vontade de uma das partes, bastando seja a outra cientificada. Indevida indenização pela rescisão do contrato de distribuição, inexistindo cláusula estipulada nesse sentido” (Ac un. da 4ª Câmara Cível do TAMG, AC nº 205.547-2, Rel. Juíza Maria Elza, j. 06.03.96). Outras decisões apontam a necessidade de motivação, para se dar fim ao contrato, sem o quê o distribuidor terá direito a ser indenizado: “Embargos de Declaração. Não são nulos por proferidos por outro Juiz que não o prolator da sentença. Tais embargos devem ser decididos pelo mesmo Juízo e não, necessariamente, pelo mesmo Juiz, que já perdera jurisdição no respectivo Juízo. Concessão Comercial. Contrato de concessão mercantil caracterizado. Consequências de seu rompimento por denúncia vazia e sem qualquer prazo ao concessionário. Perdas e danos e lucros cessantes” (Ac un. da 8ª Câmara Cível do TJRGs, Rel. Des. Gilberto Niederauer Corrêa, j. 16.04.92, publicado na *Revista de Jurisprudência do TJRGs*, nº 156, pp. 303-317). Observe-se que neste caso o distribuidor não aceitou as condições de renovação impostas pela outra parte, que optou por dar fim ao contrato. “Contrato de Concessão Comercial. Denúncia unilateral. Indenização devida e consistente em lucros líquidos de um ano, mais danos emergentes. Apuração e liquidação” (Ac un. da 1ª Câmara Cível do TJSP, AC nº 268.263, Rel. Des. Tomaz Rodrigues, j. 20.02.79). Também aqui, estipulou-se indenização em favor do

A exigência de motivação não implica, bem entendido, seja necessário imputar uma falta ao distribuidor. Os motivos que autorizam a denúncia ou não-renovação não são os mesmos que dão ensejo à resolução do contrato, que pode ser fundada em falta imputada à outra parte ou na impossibilidade objetiva de se continuar dando cumprimento ao contrato.<sup>597</sup> A noção de justa causa, no sentido aqui adotado, é mais ampla, abrangendo situações de ordem econômica, não apenas relacionadas diretamente ao bom ou mau desempenho do distribuidor.<sup>598</sup> Nessa perspectiva, a justificação econômica bastante comum é a de reestruturação da rede, quando, ou por se adotar uma outra técnica distributiva (utilização de agentes comerciais ou mesmo de vendedores empregados, ao invés de comerciantes autônomos), ou por, no âmbito da mesma técnica, serem feitos rearranjos espaciais, com o propósito de gerar economias de escala (redução do número de distribuidores, dentro de uma política de manutenção de unidades de distribuição maiores, atendendo regiões mais extensas, como se tem visto recentemente), são extintas relações contratuais com um, alguns ou mesmo todos os distribuidores. Um outro motivo que se costuma apresentar para se pôr fim à relação contratual consiste na incapacidade de o distribuidor em questão se adaptar aos novos parâmetros de distribuição, de se enquadrar em planos de excelência estabelecidos pelo produtor, enfim, de se manter em dia com os requisitos exigíveis de todos os integrantes da rede.<sup>599</sup> Tal justificativa revela-se legítima, considerando-se uma economia concorrencial e os benefícios que daí decorrem para o consumidor. A “estabilidade” do distribuidor, especialmente quando combinada com um direito de exclusividade, desacompanhada do dever de atualizar-se continuamente, poderia transformá-lo em mais um “cartório” privado, engessando a rede e criando situações díspares, em que novos distribuidores estariam sujeitos a padrões de qualidade aos quais os antigos estariam imunes. O fundamental, para não haver abuso, é que esses padrões se imponham a todos os integrantes da rede, e que nenhum destes seja favorecido por maior flexibilidade no seu controle, ou, pelo contrário, prejudicado por um maior grau de intolerância em relação a si.

---

distribuidor devido à denúncia desprovida de causa, sendo que o produtor tinha estimulado investimentos por parte do distribuidor.

<sup>597</sup> E não se trata aqui de um mero filigrana ou sutileza doutrinária: a denúncia motivada ainda pode dar ensejo à indenização de certos prejuízos sofridos pelo distribuidor, numa modalidade de responsabilidade por ato lícito, ao passo que a resolução contratual não propicia essa indenização; por outro lado, a denúncia motivada não está isenta da concessão de aviso prévio ao distribuidor, enquanto, ao revés, a resolução, normalmente, não comporta tal benefício.

<sup>598</sup> Sobre a justa causa, nessa acepção dilatada, vale a pena referir a legislação norte-americana, tanto federal, como estadual. A respeito, v. notas 512 e 514, que tratam do *Petroleum Marketing Practices Act*, estatuto que se aplica às relações entre os produtores e os distribuidores de combustíveis e lubrificantes, da *Franchises Law* do Estado de Iowa, e do *Automobile Franchise Act* do Estado de Utah.

<sup>599</sup> Situação diversa é aquela em que não mais se trata de aumentar a eficácia e competitividade da rede como um todo, mas de sujeitar os distribuidores existentes a novos contratos dotados de cláusulas abusivas. Nesse caso, nenhuma dúvida que a denúncia do contrato não estará baseada em motivação válida. Como veremos adiante, a denúncia do contrato por recusa da parte a se submeter a novas condições contratuais abusivas caracteriza justamente modalidade de abuso de poder econômico elencada no inciso XIV, art. 21, da Lei nº 8.884/94, *verbis* “dificultar ou romper a

Em termos de controle judicial, a exigência de motivação põe em jogo um duplo parâmetro: o da realidade e o da razoabilidade do motivo apresentado pelo controlador da rede. Quanto à existência dos fatos apresentados como motivo para a denúncia do contrato, a prova disso parece caber ao próprio denunciante, a quem cumpre evidenciar os requisitos para o exercício de seu poder. Já o controle sobre a razoabilidade do motivo, isto é, sobre a relação de proporcionalidade entre ele e o ato de denúncia, exige do magistrado cautela, para não ultrapassar a linha tênue que separa o controle judicial do abuso do abuso do controle judicial, que pode culminar na substituição do empresário na tomada de decisões econômicas.<sup>600</sup> Nessa perspectiva, uma boa bitola de controle para o juiz reside no exame, se possível, do tratamento conferido a outros distribuidores da rede.

---

continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais”. Disso trataremos adiante

<sup>600</sup> É o que alerta Fauceglia, op. cit., p. 98: “di fronte a motivazione di ‘razionalità aziendale’, quali la riorganizzazione della rete distributiva e un suo migliore utilizzo, non si può correre il rischio dell’ingerenza di un giudizio di meritevolezza sulle motivazioni che inducono a non proseguire un rapporto in corso”.

#### 4.6. A RESOLUÇÃO DA RELAÇÃO CONTRATUAL

O tema da motivação da denúncia nos conduz de imediato ao tema contíguo da resolução do contrato (*rectius*, da relação contratual). Esta subordina-se, como visto, à ocorrência de evento, no curso da relação contratual, imputável ou não a uma das partes, que venha a impedir o cumprimento das obrigações nele estipuladas. Interessa-nos aqui examinar, ainda que sucintamente, a resolução em virtude do inadimplemento culposos imputável a uma das partes contratantes.

Note-se que o concreto exercício da faculdade ou poder de resolver o contrato por inadimplemento da outra parte também não escapa a um exame à luz do princípio da boa-fé. De um lado, esse princípio impõe a ambas as partes um dever de colaboração no cumprimento das obrigações emergentes do contrato. Nesse ordem de idéias, no sentido mais fraco, ambas as partes deve abster-se de opor obstáculos aos esforços da outra direcionados ao adimplemento do contrato; no mais forte, devem colaborar até ativamente para viabilizar esse adimplemento. Por outro, a boa-fé exerce relevante papel no exame do adimplemento da obrigação, em especial para evitar a resolução do contrato, quando houver substancial satisfação dos interesses das partes, sendo insignificantes as falhas constatadas em uma ou algumas das prestações.<sup>601 602</sup> Deveras, reputa-se contrária à boa-fé, e, portanto, abusiva, a resolução calcada em vícios menores no cumprimento da prestação, que não chegam a prejudicar o interesse da parte credora.

Vislumbra-se aí, mais uma vez, a emergência, no Direito Privado, da idéia de proporcionalidade entre a motivação do ato e as conseqüências que dele decorrem: às graves conseqüências de uma resolução contratual, que ora implica no desfazimento de uma série de atos, tendo eficácia *ex tunc*, ora impede a continuação de um contrato para o futuro, devem corresponder faltas significativas imputáveis a um dos contratantes.

<sup>601</sup> Dentre outros autores estrangeiros que têm se preocupado em ressaltar a necessidade de análise qualitativa e quantitativa do descumprimento, a fim de circunscrever as hipóteses em que realmente cabe a resolução do contrato por descumprimento, citamos Larenz, *Derecho de obligaciones*, t. I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 151, Yves Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, LGDJ, 1989, p. 165; Roppo, *O contrato*, p. 266; Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial: introducción – teoría del contrato*, v. I, 4 ed., Madrid, Civitas, 1993, p. 22; Iturraspe, *Interpretación económica del contrato*, p. 143, Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, v. II, p. 13, nota 1, Franz Wieacker, *El principio general de la buena fe*, Madrid, Civitas, 1982, p. 58, e Maria Helena Brito, *op. cit.*, p. 228. A título exemplificativo, esta última menciona os seguintes parâmetros de avaliação da gravidade da falta: sua importância em si mesma e no conjunto da relação; a persistência e repetição da falta, bem como o tempo decorrido desde a celebração do contrato; a forma como vêm transcorrendo as relações entre as partes, considerando-se, por exemplo, o comportamento delas ante faltas anteriores, o seu grau de tolerância. Ainda para um panorama da questão no Direito Comparado, Anelise Becker, *A doutrina do inadimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparatista*, in *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 9, pp. 60-77, nov. de 1993.

<sup>602</sup> No Brasil, o tema mereceu a atenção mais detida de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, *Extinção dos contratos por incumprimento*..., e de Araken de Assis, *Resolução do contrato por inadimplemento*. O primeiro sustenta que a prestação imperfeita, mas significativa de adimplemento substancial, autoriza a parte prejudicada a postular indenização, mas não resolução do contrato (p. 124). Adiante (p. 134), afirma que adimplemento substancial é aquele que, apesar das imperfeições, satisfaz os elementos subjetivos e objetivos do cumprimento. O segundo, após reconhecer que mesmo o inadimplemento parcial justifica a resolução, ressalva que, em homenagem ao princípio da boa-fé, o inadimplemento diminuto não propicia o exercício de tal poder (p. 87).

Trata-se, pois, de, na análise do inadimplemento contratual, adotar-se uma espécie de princípio da insignificância na esfera cível. O que importa é verificar se o prestar imperfeito priva o credor daquilo que lhe era legítimo esperar do contrato. Para tanto, devem ser considerados objetivamente os interesses em jogo. É o que preconizam, dentre outros estatutos, o Código Civil italiano,<sup>603</sup> o Código Civil português,<sup>604</sup> e a Convenção de Viena de 1980 relativa à compra e venda internacional.<sup>605 606</sup> Já em países do *common law*, construiu-se a noção de *substantial performance*, que permite a desconsideração dos descumprimentos contratuais de menor importância.<sup>607</sup>

E quando o próprio contrato estabelece as faltas que darão margem à sua resolução? Há, ainda assim, espaço para se discutir a relevância do inadimplemento e, por conseguinte, a possibilidade de, a partir dele, se encerrar a relação? Na doutrina, as opiniões se dividem, havendo quem defenda que o magistrado não pode interferir na pré-avaliação das partes quanto aos fatos justificadores da resolução do contrato,<sup>608</sup> e quem, pelo contrário, e também é a nossa opinião, pense que mesmo tais cláusulas estão sujeitas à interpretação à luz do princípio da boa-fé, de sorte que, com maiores cautelas, poder-se-á perquirir se a falta prevista em contrato justifica, realmente, a resolução.<sup>609</sup>

<sup>603</sup> “Art. 1 455 Importanza dell’inadempimento. – Il contratto non si può risolvere se l’inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all’interesse dell’altra”.

<sup>604</sup> “Art. 808 Perda do interesse do credor ou recusa do cumprimento (1) Se o credor, em consequência da mora, perder o interesse que tinha na prestação, ou esta não for realizada dentro do prazo que razoavelmente for fixado pelo credor, considera-se para todos os efeitos não cumprida a obrigação (2) A perda do interesse do credor é apreciada **objetivamente**” (destaque nosso).

<sup>605</sup> “Art. 25. Uma violação do contrato cometida por uma das partes é fundamental, quando causa à outra parte um prejuízo tal que a prive substancialmente daquilo que lhe era legítimo esperar do contrato, salvo se a parte faltosa não previu esse resultado e se uma pessoa razoável, com idêntica qualificação e colocada na mesma situação, não tivesse igualmente previsto”.

<sup>606</sup> No Brasil, à falta de um dispositivo expresso acerca do tema, o parágrafo único do art. 956 do Código Civil, que trata da possibilidade de rejeição da prestação, se esta se tornar **inútil** para o credor, poderia, segundo Anelise Becker, op cit., p. 68, fornecer base legal para se ajuizar da importância do inadimplemento. Norma substancialmente idêntica, diga-se de passagem, é encontrada no parágrafo único, art. 395 do projeto de Código Civil.

<sup>607</sup> Segundo P. S. Atiyah, *An Introduction to the law of contract*, Oxford, Clarendon, 1996, p. 170, a partir da distinção entre *conditions* e *warranties*, passou-se a entender que somente o descumprimento daquelas estaria a autorizar a resolução do contrato, ao passo que do descumprimento destas emerge um direito à indenização por perdas e danos. Todavia, à falta de uma expressa distinção no contrato, entre umas e outras, cabe ao aplicador fazer um juízo de importância de cada obrigação (p. 173). Além disso, foi elaborada a construção jurisprudencial dos *intermediate terms*, cujo descumprimento não leva a um resultado predeterminado, em termos de resolução ou indenização por perdas e danos (p. 176). Mais adiante, este autor volta ao tema dos termos intermediários, que possibilitam a valoração judicial da importância da falta, de tal sorte que “(...) the court becomes judge of the gravity of the breach, and the matter is not left to uncontrolled discretion of the innocent party”, valoração que é afastada apenas se houver expressa previsão de que o descumprimento de qualquer obrigação contratual, não importa qual seja sua natureza, implica resolução do contrato (p. 408).

<sup>608</sup> Nesse sentido, Bergstein, *La extinción ...*, p. 80; Roppo, *O contrato*, p. 267. Adotando essa linha de entendimento, o seguinte acórdão: “Representação comercial autônoma Contrato Rescisão. Justa causa. Maior ou menor gravidade da infração que não cabe ao Judiciário dosar, se já está estabelecido no contrato como grave Recurso provido” (Ac un da 10ª Câmara Cível do TJSP, AC nº 119.093-2, Rel. Des. Álvares Cruz, j. 25.06.87, publicado na Revista de Jurisprudência do TJSP, nº 108, pp. 255-257). No caso concreto, ocorrera a alteração do quadro societário da representante sem prévia concordância da representada.

<sup>609</sup> É a posição de Maria Helena Brito, op cit., p. 234; Philippe Malaurie e Laurent Aynès, *Cours de Droit Civil – les contrats spéciaux*, 8. ed., Paris, Cujas, p. 432; Ghestin, *Traité de Droit Civil: la formation du contrat*, p. 234; Witz e Spiegel, *Le Droit allemand ...*, p. 127; Picod, *Le devoir de loyauté*, p. 187.

Afastada a possibilidade de resolução, caberá à parte prejudicada ou requerer indenização pelo descumprimento parcial do contrato, ou ainda postular uma revisão do contrato, de forma a obter a redução proporcional de sua própria prestação.<sup>610</sup>

Transplantando essas idéias gerais ao ambiente contratual da distribuição, podemos afirmar que, diante das conseqüências que a resolução traz para as partes, especialmente para os distribuidores, impõe-se um especial cuidado na análise das causas que a fundamentam.<sup>611</sup> Nessa perspectiva, a importância do inadimplemento deve ser examinada à luz da especial relação de confiança entre as partes, e da necessidade de manter a imagem, a reputação, da rede, que, vimos, interessa não apenas ao produtor, mas igualmente aos demais distribuidores. Assim, diante da acentuada complexidade dos contratos de distribuição -- e pensamos nas múltiplas obrigações que emergem de uma relação de franquia -- pode ocorrer que uma prestação falhada, ainda que quantitativamente não insignificante, não chegue a prejudicar a confiança da outra parte quanto ao bom andamento futuro do contrato, de forma a não justificar a sua resolução.<sup>612</sup> Cumpre verificar, sim, se o ato isolado, no contexto de uma atividade conjunta, impede seja dada continuidade à cooperação entre as partes.<sup>613</sup> Na concessão mercantil, por exemplo, a falhada execução de um dos contratos de aplicação não levará, necessariamente, à resolução do contrato-quadro. Há que se considerar sua gravidade e reiteração.<sup>614</sup> Mesmo o inadimplemento de obrigação de pagamento do preço da mercadoria ao fornecedor ou de pagamento de *royalties* ao franqueador, desde que represente uma situação isolada, pode não autorizar a resolução do contrato,<sup>615</sup> mas a

<sup>610</sup> Segundo Picod, op. cit., p. 184: “Si le juge estime que la résolution du contrat réclamée est disproportionnée par rapport à l’inexécution, il peut tout d’abord ordonner une réparation en nature ou allouer au créancier des dommages-intérêts en maintenant le contrat. Il peut aussi prononcer la résolution partielle du contrat en réduisant proportionnellement à l’exécution les engagements du créancier. Ainsi, la jurisprudence a appliqué cette réduction à propos du prix d’une marchandise défectueuse ou du loyer d’un immeuble dont la délivrance avait été incomplète”

<sup>611</sup> Registramos que, na Itália, há quem defenda seja aplicável ao contrato de concessão a disciplina da resolução por inadimplemento do contrato de *somministrazione*, plasmada no art. 1 564 do Código Civil daquele país, pela qual se exige um inadimplemento relevante, hábil a afetar a confiança no cumprimento futuro das obrigações contratuais, textualmente: “In caso d’inadempimento di una delle parti relativo a singole prestazioni, l’altra può chiedere la risoluzione del contratto, se l’inadempimento ha una notevole importanza (c. 1.455) ed è tale da menomare la fiducia nell’esattezza dei successivi adempimenti” Nesse sentido, as posições de De Nova, *Nuovi contratti*, 2 ed., Torino, UTET, 1994, p. 225, e Baldi, *Il concessionario di vendita*, p. 411.

<sup>612</sup> É a lição de Ferri, *Manuale* .., p. 861 “(..) quando pertanto l’inadempimento attuale, per le circostanze in cui si è verificato e anche se si è quantitativamente grave, non è tale da pregiudicare la sicurezza degli adempimenti futuri, le conseguenze dell’inadempimento non possono determinarsi se non nell’ambito del singolo atto o periodo di adempimento; ma, quando l’inadempimento attuale, anche se non di grave entità e anche se consista soltanto in un adempimento difettoso, per le circostanze in cui si è verificato, mette in forse gli adempimenti futuri, in questo caso le conseguenze si determinano con riferimento all’intero contratto e sulla base di esso può farsi luogo alla risoluzione del contratto (art. 1564 cod. civ.)”

<sup>613</sup> A propósito, Maria Helena Brito, op. cit., p. 233. “Podemos concluir que o direito de resolução do contrato de concessão comercial não deve depender pura e simplesmente do incumprimento, por uma das partes, de certas e determinadas obrigações contratuais, ainda que tal incumprimento seja qualificado de culposos. Mais do que o incumprimento em si ou a valoração do comportamento da parte inadimplente, há que atender ao fim de cooperação visado pelo contrato. Deste modo, só a impossibilidade de prosseguir tal fim, contida na noção de justa causa, deve condicionar o direito de resolução”

<sup>614</sup> Brito, op. cit., p. 232.

<sup>615</sup> Nesse sentido, Fauceglia, op. cit., p. 209, para quem o inadimplemento do contrato deve ser analisado dentro do contexto associativo, no qual, por exemplo, a falta de pagamento de uma partida de mercadorias pode não ter repercussão tão grave

propositura de uma medida judicial voltada à satisfação do crédito.<sup>616</sup> Por outro lado, diante dos objetivos do contrato de distribuição e da inserção do distribuidor em uma rede, podem ser muito mais perniciosos os inadimplementos que se projetam perante terceiros, prejudicando a reputação da marca ou desestruturando a rede. É o caso típico do concessionário que deixa de entregar as mercadorias adquiridas por consumidores ou que se omite de prestar assistência técnica ou o faz de forma defeituosa. Também é o caso do franqueado que descuida da manutenção e atualização de seu estabelecimento e de sua atividade, deixando de atender aos padrões da rede, em constante renovação. Em hipóteses que tais, já o dissemos antes, há por parte até dos demais distribuidores interesse em que o faltoso seja censurado e, não havendo mudança, seja excluído da rede. O poder de resolução, assim, é funcionalizado em vista de interesses que não apenas o do controlador, mas também dos demais integrantes da rede. A omissão daquele em corrigir o desvio do distribuidor, se acarretar prejuízos reflexos aos demais distribuidores, pode torná-lo civilmente responsável perante estes. Ainda nessa linha de entendimento, ato que, de forma bem mais concreta, atinge outros distribuidores é o desrespeito às zonas de exclusividade atribuídas a cada qual, que organizam espacialmente a rede. Neste caso, deve o controlador pôr cobro à situação, recorrendo, se for necessário, ao derradeiro remédio, consistente na resolução do contrato celebrado com o distribuidor invasor.

Quanto às cláusulas de desempenho, quotas ou metas, vimos supra que seu eventual descumprimento deve ser examinado à luz das circunstâncias objetivas do mercado e dos efetivos esforços do distribuidor no sentido de atendê-las.<sup>617</sup> Assim, causas externas -- como retração do mercado -- podem justificar perfeitamente às dificuldades encontradas pelo distribuidor na colocação dos produtos junto aos consumidores.<sup>618</sup> Convém, assim, considerar, cumulativamente, a média dos resultados obtidos pelos integrantes da rede e as circunstâncias específicas que explicam os resultados, bons ou ruins, de um determinado distribuidor, como, dentre outras, a estrutura concorrencial do mercado em que atua. Em vista de tudo isso, como já observamos, a obrigação de cumprimento de quotas caracteriza-se muito mais como uma obrigação de meios do que como uma obrigação de resultados.<sup>619</sup>

<sup>616</sup> Figuremos, por exemplo, a hipótese de, em um determinado mês, o concessionário deixar de pagar o concedente pelas mercadorias entregues, opondo-lhe um crédito que imagina existir. Ainda que, no curso de uma demanda judicial, seja dada razão ao concedente, e desde que, como dito, se trate de um inadimplemento isolado, não terá cabimento a pretensão resolutória do contrato, mas apenas a de condenação ao pagamento do que é devido.

<sup>617</sup> Baldassari, *I contratti ...*, p. 261; Gassiot, *El contrato de franchising*, p. 98; Witz e Spiegel, *Le Droit allemand de la distribution*, p. 127.

<sup>618</sup> A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, no RE nº 110.607-PR, Rel. Ministro Oscar Corrêa, j. 16.09.86, acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência, nº 119, pp. 460 e seguintes, ainda que não conhecendo do recurso, sinalizou no sentido de que o não-atingimento de quota estabelecida no contrato, motivado pela recessão pela qual passava o mercado, não significava inadimplemento.

<sup>619</sup> Para Puelinckx e Tielemans, *The termination ...*, p. 460, os maus resultados obtidos pelo distribuidor, sem que seja possível identificar negligência ou outro fator que caracterize quebra do contrato, não autorizam, *per se*, a resolução

Já a recusa do distribuidor em adotar as novas técnicas de distribuição padronizadas pelo fornecedor, em se adaptar às mudanças por este introduzidas no sistema de distribuição, ou sua negligência ou inépcia em fazê-lo, caracterizam-se como importantes motivos para a resolução do contrato, ou, pelo menos, para a sua denúncia por justa causa.<sup>620</sup> Realmente, a flexibilidade das estruturas econômicas, vale dizer, a sua rapidez na resposta às tendências do mercado e aos movimentos da concorrência, é um dos segredos para o êxito das redes. A integração impõe o ônus da aderência a essas mudanças, sob pena de se quebrar a uniformidade da rede. O distribuidor infenso a elas pode tornar-se um *free rider* dentro da própria rede, parasitando os esforços do fornecedor e dos demais distribuidores em promover os produtos. Mas também aqui é preciso que as alterações sejam exigidas de todos os integrantes da rede, sob pena de se transformarem em instrumento dissimulado de perseguição a um ou a alguns distribuidores.

No exame das causas apresentadas como justificadoras da resolução do contrato, ainda há que se considerar o histórico da relação entre as partes, e também, decorrência do caráter grupal da rede, as relações entre o controlador e os demais distribuidores. Verdadeiramente, atua de forma abusiva o controlador que, diante de situações similares, mostra-se mais tolerante com alguns distribuidores e menos com outros.

A gravidade das conseqüências da resolução do contrato de distribuição, a par de impor um controle reforçado dos motivos alegados pelo principal, recomenda ainda seja concedida ao distribuidor, a depender das circunstâncias concretas, uma possibilidade de adequação aos ditames do contrato. Estamos a significar que, antes de resolver o contrato, impõe-se a outorga de prazo hábil para que o distribuidor ponha-se em dia com, ou corrija, suas prestações, a qual pode ser cumulada com a imposição de certas restrições<sup>621</sup> ou penalidades gradativas.<sup>622</sup> Isso, por certo, não afasta a possibilidade de resolução, quando o comportamento faltoso do distribuidor é reiterado ou, ainda que isolado, de extrema gravidade. Servirá, porém, para sustentar a posição de um distribuidor que, excepcionalmente, deixa de dar adequado cumprimento às suas obrigações.

Por fim, resta saber quais as conseqüências jurídicas de uma eventual declaração de inexistência, pelo Judiciário, dos motivos que fundaram a resolução do contrato, ou,

<sup>620</sup> Saber quando se tratará de resolução por descumprimento do contrato ou de denúncia motivada, hipóteses que geram conseqüências diversas, é questão que só pode ser respondida à luz das circunstâncias do caso concreto, considerando-se, dentre outros fatores, a expressa previsão contratual do dever de “atualização” do estabelecimento do distribuidor

<sup>621</sup> A restrição ao crédito na aquisição de mercadorias é bom exemplo disso

<sup>622</sup> Nesse sentido, o art. 22 da Lei nº 6.279/79 estabelece que, nas hipóteses de infração contratual, devem ser aplicadas penalidades gradativas antes da resolução. Quais sejam, em que hipóteses e como devam ser aplicadas essas penalidades, é matéria a ser regulada pela convenção de marca (art. 19, XV). Interessante observar que, no AgReg no Ag nº 43 329-3, a 3ª T do STJ, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, j. 15.03.94, negou a aplicação analógica desse mesmo dispositivo a contratos de distribuição de produtos informáticos.



quando menos, de uma declaração de que tais motivos, conquanto existentes, não são hábeis a justificar a resolução: impõe-se o reatamento da relação contratual, caso o denunciante a tenha interrompido, ou a mera indenização do distribuidor prejudicado? Pelas razões que serão expendidas adiante, temos que a melhor solução, no caso de conflito entre as partes de um contrato em que se destacam a integração e a colaboração, é o desfazimento do vínculo, com o ressarcimento da parte prejudicada. Assim, o comportamento do principal deverá ser qualificado como quebra unilateral da relação contratual, a gerar, em favor do distribuidor, um direito à indenização de todos os prejuízos decorrentes de tal ato, tanto os prejuízos emergentes, como os lucros cessantes.<sup>623</sup> Não excluimos ainda a hipótese de a resolução poder ser requalificada como denúncia motivada, a trazer consigo conseqüências menos drásticas em termos de indenização devida ao distribuidor.

---

<sup>623</sup> Analogamente, Pinto Monteiro, *Denúncia ...*, p. 72, entende que a resolução contratual sem fundamento hábil é eficaz em termos de encerramento da relação contratual, e deve ser enquadrada como quebra unilateral do contrato.

#### 4.7. O TÉRMINO DA RELAÇÃO CONTRATUAL SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO ECONÔMICO

O término da relação contratual pode também ser enfocado à luz do Direito Econômico. É justamente brandindo a arma da denúncia ou da não-renovação do contrato que o fornecedor tem condições de impingir ao distribuidor condições comerciais que, em outras circunstâncias, este não aceitaria. Essa situação foi objeto de tratamento normativo em diversos países. Na França, o art. 8, 2, da *Ordonnance* de 01.12.86, tipifica como exploração abusiva de estado de dependência “la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées”.<sup>624</sup> A partir desse preceito, há quem sustente que, pena de se presumir o abuso de poder econômico na denúncia ou não-renovação do contrato, estas devem ser justificadas pela principal, não se admitindo a denúncia imotivada.<sup>625</sup>

Na Alemanha, recorrendo-se ao § 26, 2, da Lei de 27.07.57, defende-se que uma empresa não pode ser tratada de forma arbitrária pela empresa da qual depende, hipótese característica da denúncia imotivada do contrato.<sup>626</sup> Dentre as razões que, sob a ótica do Direito Econômico, estão a justificar a denúncia tem-se a reestruturação da rede, fundada no direito do fabricante de organizá-la da forma que lhe pareça economicamente mais desejável, sem embargo de ter que respeitar o direito à amortização dos investimentos realizados pelo distribuidor.<sup>627</sup>

No plano comunitário, com a ressalva dos regulamentos relativos à concessão de venda de veículos automotores,<sup>628</sup> não se procura garantir a estabilidade da relação entre produtor e distribuidor. Esse silêncio, aliás, guarda coerência com os objetivos que

<sup>624</sup> apud Amiel-Cosme, *Les réseaux* ..., p. 217.

<sup>625</sup> Amiel-Cosme, *op. cit.*, p. 217; Dutilleul e Delebecque, *Contrats* ..., p. 778; Virassamy, *Les relations entre professionnels en Droit français*, p. 510.

<sup>626</sup> Sustentam Witz e Spiegel, *Le Droit allemand de la distribution*, p. 129, que: “Un motif non objectivement justifié heurte le droit de la concurrence et constitue une infraction sanctionnée par des amendes quasi administratives”

<sup>627</sup> Witz e Spiegel, *op. cit.*, p. 129.

<sup>628</sup> Segundo o Regulamento nº 123/85, a isenção categorial em matéria de concessão de venda de veículos automotores estava condicionada ao seguinte: sendo o contrato por tempo determinado, sua duração mínima teria que ser de quatro anos, com aviso prévio de seis meses a cargo da parte desinteressada na continuação do contrato após o período inicial; sendo o contrato por prazo indeterminado, o aviso prévio não poderia ser inferior a um ano. Tais limites só se afastariam se houvesse previsão, por lei ou por acordo individual, de indenização da parte prejudicada; ou caso se tratasse do primeiro período do contrato ou da primeira possibilidade de sua cessação ordinária. Em seus *consideranda*, o Regulamento apresenta a seguinte justificativa para a regra: “(20) L’articolo 5, paragrafo 2, punti 2 e 3, fissa, per la durata e la risoluzione degli accordi in materia di distribuzione e servizio assistenza, requisiti minimi per l’esonero, poiché a causa della clausola di non concorrenza o di una esclusività di marca unitamente con gli investimenti del distributore per migliorare la struttura della distribuzione e del servizio assistenza dei prodotti contrattuali, **la dipendenza del distributore dal fornitore aumenta considerevolmente in caso di accordi conclusi a breve termine o risolvibili a breve termine**” (o negrito não consta do original, versão italiana em apêndice a I contratti della distribuzione commerciale: la disciplina comunitaria, l’ordinamento interno). Advirta-se que o Regulamento nº 123/85 foi substituído pelo Regulamento nº 1.475/95, que amplia o prazo de duração determinada do contrato para um mínimo de cinco anos.

norteiam a atuação dos órgãos comunitários na matéria: preservar o fluxo comercial entre os países membros. À legislação interna de cada país, a tarefa de coibir outras modalidades de abuso de poder econômico que não impliquem necessariamente restrição ao comércio comunitário.

Nos EUA, entendimento dominante nas Cortes é no sentido de que a denúncia ou a recusa em renovar contratos de distribuição não caracteriza, por si só, ato anticoncorrencial.<sup>629</sup>

No Brasil, em dispositivo de redação análoga ao francês, elenca-se a conduta consistente em “dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão da recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais”,<sup>630</sup> como uma das possíveis infrações à ordem econômica, na medida em que configure hipótese prevista no art. 20 do mesmo diploma.<sup>631</sup> Além disso, em virtude do caráter não taxativo do elenco do art. 21, revela-se perfeitamente defensável que a não-renovação do contrato por tempo determinado, fundada nas mesmas razões, também possa configurar infração à ordem econômica.

A *ratio* do preceito reside na salvaguarda da liberdade de um agente econômico, seja ele um fornecedor, um distribuidor, ou um prestador de serviços, que, pela sua relativa dependência em relação a outro, encontra-se entre a alternativa de curvar-se a exigências injustificadas ou ter extinta a relação contratual que o liga ao detentor do poder econômico. Naturalmente, essa proteção, mediatamente, também interessa ao consumidor, destinatário final de ônus e encargos transmitidos em cadeia, bem como ao mercado de forma geral, pois o estado de sujeição dos distribuidores pode mesmo suprimir um mínimo desejável de concorrência intramarca.<sup>632</sup>

Em face do texto legal, não nos parece demasiado afirmar que a falta de motivação do ato de denúncia ou da recusa em renovar a relação cujo termo final foi atingido é um indício do abuso de poder econômico,<sup>633</sup> ainda que insuficiente por si só para garantir a subsunção do ato no tipo legal.

<sup>629</sup> Após análise da jurisprudência norte-americana, conclui Pardolesi, op. cit., p. 431: “La termination non rileva di per sé, ma in quanto mezzo per pregiudicare la concorrenza. Quando, col tagliar via um distributore, s’intacca l’equilibrio competitivo – ipotesi abbastanza improbabile –, lo Sherman e il Clayton Act offrono un’adeguata risposta. Se, però, in discussione sono soltanto le perdite subite da un franchisee a causa dell’inopinata cessazione del rapporto, la legislazione antitrust è (e deve essere) muta”.

<sup>630</sup> Art. 21, XIV, da Lei nº 8.884/94.

<sup>631</sup> Também se pode cogitar da aplicação a situações que tais do inciso IV do art. 21: “criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços”

<sup>632</sup> Witz e Spiegel, op. cit., p. 134.

O CADE, sob a égide da legislação anterior,<sup>634</sup> manifestou, em casos de denúncia de relação contratual, a preocupação de distinguir um conflito intersubjetivo, passível de resolução sob o ângulo do Direito Privado, de uma efetiva prática anticoncorrencial, consistente na opressão de empresa dependente. Testemunho disso é a posição assumida no Processo Administrativo nº 86, julgado em 02.03.89, onde se entendeu que a recusa de renovação do contrato de distribuição, por si só, não seria matéria afeta à competência do CADE.<sup>635</sup> No Processo Administrativo nº 31/92, afirmou-se não competir ao CADE “apreciar os efeitos jurídicos da relisão ‘vis a vis’ as partes contratantes, mas se esses efeitos repercutiram no mercado de maneira anticoncorrencial”.<sup>636</sup>

Essa prudência é elogiável. Com efeito, não se pode olvidar que as condutas elencadas nos incisos do art. 21, da Lei nº 8.884/94, apenas caracterizarão infrações à ordem econômica, se tiverem por objeto ou puderem produzir os efeitos previstos no art. 20 do mesmo diploma. Não fosse assim, o CADE passaria a apreciar, especialmente na hipótese de que cuidamos, conflitos entre particulares que não teriam maiores consequências em termos concorrenciais. Por tudo isso, o controle do término da relação contratual, sob a ótica do Direito Econômico, deve ser exercido apenas na presença de circunstâncias excepcionais, sob pena de se transformar o órgão a quem compete tal controle em uma instância parajudicial de julgamento de questões fundamentalmente contratuais.

---

<sup>633</sup> Porém, não raro, o fornecedor apresentará motivos aparentes, para encobrir as razões efetivas da descontinuidade do relacionamento.

<sup>634</sup> Lei nº 4.137/62.

<sup>635</sup> Franceschini, Introdução ..., p. 210.

<sup>636</sup> Ibidem, p. 147. Calha transcrever o seguinte excerto do voto da Relatora, Conselheira Neide Teresinha Malard: “5. A representada é acusada de infringir a ordem econômica por ter rompido uma relação contratual de 16 anos, que mantinha com a representante, causando a esta dificuldades de funcionamento. Segundo o DPDE (...), não há dúvidas de que essa atitude da Fiat configura abuso de direito, pois a transferência do transporte efetuado pela Transauto para outras empresas não poderia se realizar sem que a representante fosse indenizada, e de que o contrato não poderia ser rescindido sem o necessário pré-aviso, suficiente para a recuperação e adaptação dos negócios da transportadora. Essas questões, a meu ver, não dizem respeito à controvérsia que compete a este Conselho decidir, posto que afetas ao direito comum. O que cabe ao CADE julgar é se a conduta da Fiat, ao romper a relação contratual que mantinha com a Transauto, estava direcionada ao domínio do mercado ou ao prejuízo da concorrência ou se essa conduta produziu ou seria apta a produzir no mercado efeitos anticoncorrenciais”

#### 4.8. CONSEQÜÊNCIAS DO TÉRMINO DA RELAÇÃO CONTRATUAL

Passados em revista os limites -- previstos em lei (e estendidos, por analogia, a hipóteses não normatizadas), resultantes da função do contrato, derivados do princípio da boa-fé, e ainda alicerçados nas regras de Direito Econômico -- ao exercício do poder de denúncia do contrato, cumpre agora examinar mais detidamente as conseqüências da terminação ilícita (abusiva) e mesmo lícita da relação contratual. Nessa perspectiva, coloca-se o problema da indenização dos prejuízos relacionados ao encerramento do contrato e o da compensação pelos benefícios que a atividade do distribuidor agrega à rede, e que nela permanecem após a exclusão deste. No primeiro caso, estamos no campo da responsabilidade civil, isto é, da imputação a alguém, subjetiva ou objetiva, do dever de reparar prejuízos causados a outrem. No segundo, o enfoque é diverso, importando, sim, em homenagem ao princípio da justiça contratual, que os benefícios da relação sejam razoavelmente distribuídos entre as partes, inclusive nos seus reflexos pós-contratuais. Aqui, se insinua, em sentido lato, a idéia de enriquecimento sem causa, a impedir que uma das partes se aproprie, ao final do contrato, dos frutos dos esforços da outra, sem remunerá-la por conta disso.

#### 4.8.1. DA INDENIZAÇÃO AO DISTRIBUIDOR

Trataremos, por primeiro, da indenização devida ao distribuidor, em virtude do término da relação contratual.<sup>637</sup>

Antes, porém, de cuidarmos do que deve ser indenizado, a indagação que, inevitavelmente, se coloca é se, no propósito de se garantir ao distribuidor a satisfação direta de sua pretensão originária, a de continuar integrando a rede de distribuição, não seria o caso de considerar-se inválido o ato de denúncia, impondo-se ao fornecedor, por determinação judicial, a continuidade do relacionamento com o distribuidor.<sup>638</sup>

Essa solução, muito embora aderente ao ideal de que o direito da parte, tanto quanto possível, seja satisfeito em sua forma originária e não “transformado” em indenização, revela-se problemática.<sup>639</sup> É que os contratos de distribuição -- nunca é demasiado insistir neste ponto -- pressupõem um elevado grau de cooperação entre as partes, no desenvolvimento do mercado para os produtos da marca. Diante disso, não é difícil entreverem-se as dificuldades inerentes à manutenção forçada do contrato, quando há um litígio entre as partes: bastante reduzida, quando não inexistente, a confiança entre elas, se multiplicarão os conflitos, numa guerra de guerrilhas; o produtor, por exemplo, poderá tentar dificultar, por meio de diversos expedientes, o fornecimento de bens ao distribuidor, alegando escassez de estoques, reduzindo ou eliminando a possibilidade de operações a crédito; procurará, igualmente, novos pretextos para dar fim ao contrato, tentando provocar situação de inadimplência do distribuidor; o distribuidor, por sua vez, sabente que, num futuro, mais próximo ou mais distante, poderá deixar a rede, perderá o interesse em melhorar seu ponto de distribuição, desviando forças para um novo negócio. Ora, se a confiança e a colaboração revelam-se essenciais ao bom êxito dos contratos ditos relacionais, ausentes estas, resta apenas um espectro do relacionamento original<sup>640</sup> Enfim, em casos nos quais o contrato exige um intenso relacionamento, que absorve boa

<sup>637</sup> Em alguns casos, como veremos, não se trata, a rigor, de um dever de indenizar, mas de uma obrigação de compra ou de recompra de alguns bens pertencentes ao estabelecimento do distribuidor, os quais deixam de ter utilidade para este, em virtude do término da relação contratual.

<sup>638</sup> Estamos a falar, aqui, não de hipóteses em que o fornecedor dá continuidade à relação contratual, para evitar o pagamento de indenização ao distribuidor, mas de casos nos quais a relação tem continuidade independentemente da vontade do produtor, por determinação heteronômica. Jacques Azéma, *La dureté ...*, p. 230, nessa linha, diferencia duas situações de manutenção forçada do contrato: num caso, sanciona-se a não-renovação ou denúncia, direcionando a vontade da parte, noutro, a vontade se torna irrelevante, e o contrato prossegue por pura determinação legal ou judicial. De passagem, diga-se que, na medida em que a relação entre as partes deixa de repousar sobre a vontade, ainda que em sua expressão contratual mínima -- vontade de firmar um contrato -- mas passa a fundar-se em disposição legal ou em ordem judicial, que prescinde da vontade, parece legítimo questionar-se se ainda estamos em presença de uma relação contratual.

<sup>639</sup> O art. 75 do Código Civil, é oportuno lembrar, confere a todo direito uma ação correspondente, que o assegura. Uma das tendências do moderno processo civil é justamente dar maior eficácia a essa idéia, buscando possibilitar, tanto quanto possível, a satisfação da pretensão originária da parte, ao invés da adjudicação de um substituto universal a indenização.

<sup>640</sup> A situação, valha o exemplo, tem algo da ficção, da cegueira à realidade, que se verificaria na manutenção forçada de uma relação conjugal.

parte da atividade econômica dos envolvidos, o mais aconselhável não é impor a continuidade da relação, mas estabelecer normas que permitam a retirada das partes, no caso, do distribuidor, em termos justos.<sup>641 642</sup>

Considerados, assim, os inconvenientes que uma continuação obrigatória do contrato apresenta para um relacionamento que exige franca e ativa colaboração entre as partes, impõe-se um mecanismo alternativo de proteção ao distribuidor: a indenização pelas perdas causadas em função do término do contrato. Essa indenização não terá por causa apenas a denúncia ou não-renovação abusiva do contrato, hipótese típica de responsabilidade civil por ilícito contratual. Com efeito, vimos que a denúncia do contrato pode dar-se por razões legítimas, por exemplo, no contexto de uma reestruturação econômica da rede de distribuição, motivo hábil a afastar a alegação de exercício do poder ofensivo ao princípio da boa-fé. Mas, mesmo em hipóteses desse gênero, não há que se afastar o dever do fornecedor de indenizar o distribuidor por alguns dos prejuízos que vier a sofrer em razão de tal ato.<sup>643</sup> O que está em jogo, relativamente a algumas verbas indenizatórias, é uma equânime repartição dos riscos e ônus próprios aos contratos em exame.<sup>644</sup> Se o fornecedor se beneficia dos investimentos realizados pelo distribuidor e se detém o poder para, legitimamente, excluí-lo da rede, sem que, para tanto, tenha que imputar-lhe falta, resultaria ofensiva à idéia de justiça comutativa que apenas o distribuidor arcasse com algumas das perdas resultantes da exclusão. Enfim, se exerce o poder, é justo que o fornecedor também assuma alguns riscos, os quais, por

<sup>641</sup> O exame a que procedemos da legislação européia e latino-americana acerca dos contratos de agência e dos contratos de concessão comercial bem mostra que, regra geral, o legislador optou justamente por estipular indenização em favor do agente e do concessionário, direito cuja efetividade, nos países centro-americanos, é reforçada por restrições à importação dos produtos e à nomeação de novos distribuidores para a mesma região, enquanto o distribuidor excluído não for pago. Já nos EUA, há legislação que permite seja determinada, pelo Judiciário, a continuação do relacionamento contratual, que pode ser até deferida cautelarmente. Nesse sentido, merece destaque o § 2805 do Petroleum Marketing Practices Act: “Except as provided in paragraph (3), in any action under subsection (a) of this section, the court shall grant a preliminary injunction if - (A) the franchisee shows - (i) the franchise of which he is a party has been terminated or the franchise relationship of which he is a party has not been renewed, and (ii) there exist sufficiently serious questions going to the merits to make such questions a fair ground for litigation; and (B) the court determines that, on balance, the hardships imposed upon the franchisor by the issuance of such preliminary injunctive relief will be less than the hardship which would be imposed upon such franchisee if such preliminary injunctive relief were not granted” Mas o mesmo estatuto afasta a possibilidade de renovação obrigatória quando “that renewal of the franchise relationship is likely to be uneconomical to the franchisor despite any reasonable changes or reasonable additions to the provisions of the franchise” (seção 2805, (e) (1) (v)).

<sup>642</sup> No Brasil, as Leis nº 4.886/65 e 6.729/79 dispõem apenas sobre a indenização do agente e do concessionário. Esta última, todavia, estipula, em seu art. 21, que a concessão só cessará nos termos que estabelece o próprio diploma, que são os previstos no art. 22 (distrato, não-prorrogação de contrato celebrado por período não inferior a cinco anos, e resolução por infração contratual). Daí se poderia concluir que a denúncia unilateral pelo concedente seria inválida, podendo o concessionário obter em Juízo a continuidade da relação contratual.

<sup>643</sup> A indenização por ato lícito não é desconhecida em nosso ordenamento: o Código Civil brasileiro, ao tempo em que declara que os prejuízos causados a outrem em legítima defesa ou estado de necessidade não caracterizam ato ilícito (art. 160), dispõe, no art. 1520, que, ainda assim, competirá ao causador indenizá-los, ressalvado o direito de regresso contra o terceiro que tiver provocado a situação de perigo ou em defesa de quem se tiver praticado o dano. Sobre a indenização do ato lícito, recolhe-se o magistério de Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, v. I, p. 715: “O acto pode ser lícito e obrigar, todavia, o agente a reparar o prejuízo que a sua prática porventura cause a terceiro. Não há contradição lógica entre as duas idéias. O acto (lesivo) pode ser lícito, porque visa satisfazer um interesse colectivo ou o interesse qualificado de uma pessoa de direito privado. Mas pode, ao mesmo tempo, não ser justo (no plano da justiça comutativa ou no da justiça distributiva) que ao interesse colectivo, ou ao interesse qualificado da pessoa colectiva ou singular, se sacrifique, sem nenhuma compensação, os direitos de um ou mais particulares, ou os bens de uma outra pessoa, que sejam atingidos pela prática do acto”.

sinal, tem condições de diluir na rede,<sup>645</sup> ou mesmo de repassar para novo distribuidor que venha a assumir o território do antigo.<sup>646</sup> Portanto, ainda que não se caracterize afronta ao princípio da boa-fé na denúncia do contrato, a indenização poderá ser devida, agora em homenagem ao princípio da justiça material, da necessidade de se garantir um razoável equilíbrio entre os interesses das partes, não apenas antes ou durante, mas ao final da relação contratual.<sup>647</sup>

---

<sup>644</sup> “A teoria da responsabilidade civil” afirma Lorenzetti, Fundamentos ..., p. 83, “vai abandonando progressivamente seu esquema básico voluntarista, para ser pensada como um problema de justa distribuição dos efeitos danosos”

<sup>645</sup> Repassando aos seus integrantes, por exemplo, o estoque que tenha que readquirir do distribuidor excluído, questão a qual versaremos infra.

<sup>646</sup> Caso, por exemplo, de equipamentos que tenha adquirido junto ao distribuidor, do que também trataremos na sequência.

<sup>647</sup> Naturalmente, não há que se falar em indenização a cargo do fornecedor, quando se trata de resolução do contrato, por fatos imputáveis ao distribuidor, e, tampouco, quando é este que procede à denúncia “vazia” do contrato por tempo indeterminado. Em tais hipóteses, avulta o fato de a relação contratual ter findado por culpa ou por vontade do próprio distribuidor, a afastar a transferência de qualquer ônus para o principal.



#### 4.8.1.1. RECOMPRA DOS ESTOQUES DO DISTRIBUIDOR

Pode ocorrer que, com a denúncia, ainda que precedida de razoável aviso prévio, o distribuidor não tenha condições de escoar no mercado consumidor o estoque de produtos que adquiriu do fornecedor ou mesmo de terceiros por este indicados. Em tais situações, quem deverá assumir o ônus desse estoque? Impõe-se a concessão de maior prazo para que o distribuidor o revenda no mercado? Deve o fornecedor readquiri-lo?

Uma primeira alternativa, a comercialização do estoque remanescente, pelo ex-distribuidor, após o término da relação contratual, recomendada por parte da doutrina estrangeira,<sup>648</sup> é perfeitamente sustentável, mas, na prática, pode apresentar inconvenientes, tanto para o ex-distribuidor, como para o fornecedor e para os demais integrantes da rede. Para o ex-distribuidor, a venda poderá ser dificultada, senão até impossibilitada, pelo fato de já não mais poder fazer uso da imagem da rede de distribuição. É normal, aliás, que o fornecedor obrigue o distribuidor a eliminar de seu estabelecimento, material de propaganda, e veículos, qualquer menção aos signos distintivos do produto. Em suma, por conta disso, a revenda fora da rede pode mostrar-se praticamente inviável. Por outro lado, com a autorização para que o ex-distribuidor continue a operar com o estoque que ainda possui, cria-se uma situação pelo menos transitória de incompatibilidade com a outorga de concessão territorial exclusiva a um novo distribuidor. Sendo concedido um prazo determinado para a venda do estoque remanescente, pode ocorrer que, findo este prazo, o distribuidor não tenha logrado liquidar as mercadorias que estão em seu poder. Já a concessão de um prazo indeterminado (até que seja liquidado o estoque), por sua vez, também pode revelar-se desinteressante para ambas as partes: para o fornecedor, pela incerteza quanto ao tempo em que o distribuidor continuará operando; para o distribuidor, por ter que manter o estabelecimento funcionando para realizar poucas operações comerciais.

Todos esses inconvenientes militam por outra solução: obrigar o fornecedor a readquirir o estoque que se encontra com o distribuidor ao final do contrato. A justificá-la, poderíamos apelar à idéia de que é justo que o risco pelos estoques não escoados no mercado seja assumido por quem exerceu, ainda que de forma legítima, o poder de denúncia do contrato, inviabilizando a continuidade da distribuição. Acresce que o distribuidor se retira, mas a rede de distribuição permanece, razão pela qual o fornecedor, em princípio, não enfrentará grandes dificuldades em repassar o estoque aos demais distribuidores ou, quiçá, exclusivamente ao novo distribuidor que assumir a zona de distribuição onde operava o antigo.

Doutrina e jurisprudência, especialmente na França, à míngua de expressa disposição legal nesse sentido,<sup>649 650</sup> buscaram um fundamento jurídico para a obrigação de recompra do estoque.<sup>651</sup> Argumentou-se que o distribuidor adquire os produtos com o especial desiderato de revendê-los no mercado, enquanto membro da rede de distribuição. Em razão disso, a causa das sucessivas operações (formalizadas em contratos de aplicação) seria uma compra para revenda, causa que desapareceria, relativamente aos produtos em estoque, com o término da relação contratual.<sup>652</sup> Em decorrência, o distribuidor teria a faculdade de devolver os produtos, sendo-lhe restituído o valor pago. Não haveria, aí, a rigor, uma retrovenda, mas o desfazimento do negócio anterior, por perda ou impossibilidade de consecução da causa. Outra construção baseou-se na suposta existência de uma condição resolutiva implícita a cada negócio de aplicação, qual seja, a manutenção do contrato-quadro de distribuição, a permitir o escoamento do produto no mercado consumidor. Há ainda quem tenha justificado a obrigação do fornecedor, a partir da idéia de que a denúncia, como fato pessoal que lhe seria imputável, impediria que o distribuidor desse ao produto a destinação para o qual o adquirira, caracterizando hipótese de evicção.<sup>653</sup> Todavia, alertou-se que essa linha de argumentação seria aplicável apenas aos casos de denúncia abusiva e não de denúncia lícita praticada pelo fornecedor.<sup>654</sup> Outros, por fim, apelam ao princípio da boa-fé contratual, especialmente para os casos em o próprio fornecedor tem condições de determinar as aquisições pelo distribuidor, podendo exigir, por exemplo, a manutenção de estoques mínimos.<sup>655</sup> A jurisprudência francesa, todavia, mostrou-se avessa a tais construções doutrinárias, entendendo que o próprio distribuidor deveria assumir o risco dos estoques que adquiriu, ressalvada a hipótese de denúncia abusiva pelo fornecedor.<sup>656 657</sup>

<sup>648</sup> Baldassari, *I contratti* ..., p. 514; Fauceglia, *Il franchising*, p. 112.

<sup>649</sup> Note-se, segundo informa Pardolesi, *I contratti* ..., p. 192, nota 278, que o projeto Glon et Cousté, que não foi transformado em lei, outorgava ao fornecedor a alternativa entre permitir ao distribuidor excluído a revenda por mais seis meses ou readquirir o estoque deste.

<sup>650</sup> No Brasil, a obrigação de recompra de estoques está expressamente contemplada na Lei nº 6.279/79. Em se tratando de não-prorrogação do contrato inicialmente ajustado por tempo determinado, caberá ao fabricante, consoante disposto no inciso I, art. 23, readquirir o estoque de veículos automotores e componentes novos pelo preço de venda à rede de distribuição. Porém, se o fabricante der causa à rescisão do contrato, por tempo indeterminado, o preço de recompra, segundo dispõe o inciso I, art. 24, da Lei (ao qual se remete o art. 25 do mesmo diploma, que trata da rescisão do contrato por tempo determinado), não será o de venda à rede de distribuição, mas o de revenda ao consumidor. Neste último caso, vislumbra-se a existência de um caráter indenizatório na recompra. Há, de fato, uma certa proximidade com a reparação dos lucros cessantes, da qual também trata o diploma referido.

<sup>651</sup> Esperanza Gallego Sanchez, *La franquicia*, p. 118-122, passa em revista as construções francesas.

<sup>652</sup> Pigassou, *La distribution intégrée*, p. 519; Virassamy, *Les contrats* ..., p. 58.

<sup>653</sup> Para Cabrillac, citado por Virassamy, *Les contrats* ..., p. 57, a obrigação de recompra teria por fundamento a garantia por fato pessoal do vendedor, que deve abster-se de todo ato que venha a prejudicar os interesses do comprador (na revenda).

<sup>654</sup> Para Virassamy, *Les contrats* ..., p. 58, não se poderia acionar tal garantia nas hipóteses em que, legitimamente, o produtor recusou-se a renovar o contrato. Também para Ronzano, *op. cit.*, p. 14, forçar a recompra com base na evicção (impossibilidade de o bem ser usado em sua finalidade primordial) só seria viável nas hipóteses de extinção abusiva do contrato e não de exercício de um direito de não-renová-lo. Segundo Ferrier, *op. cit.*, p. 313, só se poderia falar em garantia contra a evicção, se o distribuidor estivesse obrigado a manter um estoque mínimo.

<sup>655</sup> Brito, *op. cit.*, p. 242; Cagnasso, *La concessione* ..., p. 122; Bergstein, *op. cit.*, p. 117. Segundo Pardolesi, *op. cit.*, p. 337, o art. 1.375 do Código Civil italiano justifica a reaquisição obrigatória do estoque, especialmente quando as compras observaram as diretivas do fornecedor.

<sup>656</sup> Guyenot, *Concessionnaires* ..., p. 94, cita, é bem verdade, decisão da Câmara Comercial da Cassação, de 22 01 69, determinando a recompra dos estoques, a partir da idéia de que cada aquisição feita pelo distribuidor está vinculada à

Em outros países europeus, a obrigação de recompra foi fundada ora na existência de uma condição resolutiva tácita, ora na obrigação de lealdade contratual.<sup>658 659</sup>

Estamos com aqueles que vêm nas compras dos produtos pelo distribuidor operações que só têm sentido no âmbito da atividade de distribuição integrada. Realmente, o distribuidor não adquire os bens para uso próprio, mas para revenda, e revenda na condição de integrante da rede, de acordo com as orientações e políticas do principal. Daí deflui, a nosso ver, a existência de condição resolutiva tácita na compra dos produtos, independentemente do fato de se exigir a manutenção de estoques mínimos, consistente na eventual exclusão do distribuidor da rede. Nessa ordem de idéias, vê-se que não se trata de uma indenização ao distribuidor, mas de desfazimento de negócio de aplicação. Segue daí que o preço de recompra há de ser o preço de venda aos distribuidores e não de revenda aos consumidores, de sorte que, nessa operação, o distribuidor não auferir ganho, o que, por sinal, impede qualquer tentativa, por parte deste, de transformar essa situação numa oportunidade lucrativa.

Não há que se afastar, por outro lado, a possibilidade de aplicação analógica das normas inscritas na Lei nº 6.729/79 que tratam da obrigação de recompra de estoques, a cargo do concedente, pelo preço de venda ao concessionário. Pelo exposto supra, a *ratio* dessa obrigação pouco tem a ver com o tipo de mercadoria objeto de distribuição, de sorte que pode perfeitamente ser estendida à distribuição de outros bens que não veículos automotores.

A aplicação da cláusula geral da boa-fé também pode oferecer a mesma solução para o caso, principalmente se presentes algumas circunstâncias específicas, tais como: existência de cláusula impondo quotas de aquisição ao distribuidor; existência de cláusula de não-concorrência pós-contratual, que cria um impedimento jurídico ao escoamento dos estoques junto ao mercado. Mas, mesmo à falta destas, a observância da boa-fé contratual, enquanto exigência de que, no transcurso e mesmo após o final do contrato, cada contratante atue de forma a causar os menores danos possíveis aos interesses do outro, pode embasar a obrigação de recompra. Tanto mais, se o fornecedor tem

---

continuidade do contrato de concessão. Todavia, trabalhos mais recentes mostram que essa idéia não frutificou na jurisprudência. A respeito, v. Dutilleul e Delebecque, op. cit., p. 775; Virassamy, Les contrats .., p. 59; Ronzano, op. cit., p. 14; Sayag, op. cit., p. 424; Ferrier, op. cit., p. 313.

<sup>657</sup> Nesse sentido, Echebarria Saénz, op. cit., p. 536, após examinar e refutar as diversas teorias apresentadas para justificar a obrigação de recompra, desloca a solução do problema para o âmbito indenizatório, defendendo a indenização dos prejuízos com estoques, quando a denúncia do contrato for irregular.

<sup>658</sup> Na Alemanha, prevalece entendimento de que, por força do dever de lealdade contratual, o fornecedor deve auxiliar o distribuidor na liquidação do estoque, seja atuando junto a outros distribuidores, para que o adquiram, seja ele mesmo, fornecedor, comprando o dito estoque. Nesse sentido, Witz e Spiegel, op. cit., p. 130; Sayag, op. cit., p. 424; Pardolesi, op. cit., p. 213, nota 341.

<sup>659</sup> Na Bélgica, segundo informam Thirion e Benoit-Moury, op. cit., p. 209, a posição doutrinária e jurisprudencial majoritária defende a existência da obrigação de recompra, variando apenas seu fundamento: ora resultado de uma condição implícita, ora consequência do princípio da boa-fé, vez que os estoques perderiam sua utilidade

condições de recolocar, sem maiores dificuldades, os mesmos produtos junto aos integrantes remanescentes da rede de distribuição.

Evidentemente, a boa-fé há de ser recíproca, de forma que, aproximando-se o final do contrato por tempo determinado, ou no período de aviso prévio no contrato por tempo indeterminado, o distribuidor deve abster-se de adquirir mercadorias em volume superior ao que tenha condições de colocar no mercado no tempo que lhe resta. Em tais hipóteses, não deverá o fornecedor arcar com o ônus da negligência do distribuidor ou, quiçá, de sua malícia.

Para se forrar à obrigação de recompra do estoque, restaria ao fornecedor possibilitar que o distribuidor excluído continuasse operando como integrante da rede de distribuição, até vender a totalidade das mercadorias em seu poder, alternativa que tem as desvantagens acima expostas, mas que, pelo menos, evita o ônus da devolução dos valores pagos pelo distribuidor.

A obrigação de recompra de estoques será afastada, caso o distribuidor venha a dar causa à resolução do contrato, por descumprimento das obrigações que lhe cabiam, ou, unilateralmente, denuncie a relação contratual, sem causa imputável ao fornecedor. Em casos tais, o ônus com os estoques é exclusivamente seu, e, na melhor das hipóteses, poderá contar com um prazo máximo para escoá-los no mercado ou revendê-los a integrantes da própria rede de distribuição.

#### 4.8.1.2. INDENIZAÇÃO DOS INVESTIMENTOS REALIZADOS PELO DISTRIBUIDOR

Vimos que uma das modalidades típicas de denúncia abusiva consiste no encerramento unilateral da relação contratual antes de o distribuidor ter recuperado os investimentos indispensáveis à operação do negócio de distribuição, especialmente quando esses investimentos foram exigidos ou, pelo menos, fomentados pelo fornecedor. Trata-se de problema que aflige, com maior frequência, os contratos de concessão e de franquia, mas do qual também não estão livres os contratos de agência.<sup>660</sup> Assim, a recuperação dos investimentos realizados estaria a determinar o tempo mínimo de duração do contrato por tempo indeterminado. E, mesmo nos contratos por tempo determinado, possibilitaria, a depender das circunstâncias (v.g., novos investimentos realizados, no curso da relação contratual, sob estímulo do produtor) a sua continuidade, para além do termo inicial. Todavia, também já aludimos às dificuldades que cercam a manutenção coativa do contrato de distribuição, as quais recomendam seja indenizado o distribuidor pelos investimentos realizados, ao invés de mantido na rede de distribuição contra a vontade do fornecedor.<sup>661</sup>

A posição contrária à indenização funda-se no fato de que, findo o contrato, o ex-distribuidor, comerciante independente, continua proprietário dos bens utilizados no negócio, podendo dar-lhes outra destinação econômica.<sup>662</sup> De qualquer modo, deve arcar com o risco de perda de seu valor ou da impossibilidade de utilizá-los em outra atividade econômica.

Mas esse ponto de vista não condiz com a realidade. O alto grau de especialização das redes, a aguerrida competição entre marcas pela conquista do mercado, dentre outros fatores, levam a uma escalada nas inversões necessárias ao desenvolvimento do negócio de distribuição, inversões, que, por sinal, caso não sejam feitas, podem até dar ensejo à denúncia motivada do contrato, como já vimos. Acresce que, frequentemente, os bens que compõem o estabelecimento do distribuidor não se prestam à utilização em outros negócios, que não aquele para o qual foram reunidos, ou, quando menos, serão subutilizados fora da rede. Assim, máquinas e equipamentos destinados à produção/comercialização de específicos produtos poderão não ter qualquer outra serventia, uma vez cessada a atividade para a qual foram adquiridos. Mesmo imóveis, adquiridos, construídos, reformados ou decorados segundo as especificações do

<sup>660</sup> Até por essa razão, a legislação espanhola relativa ao contrato de agência (Lei nº 12/1992) dispôs, em seu art. 29, que “Sin perjuicio de la indemnización por clientela, el empresario que denuncie unilateralmente el contrato de agencia de duración indefinida, vendrá obligado a indemnizar los daños y perjuicios que, en su caso, la extinción anticipada haya causado al agente, siempre que la misma no permita la amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato”

<sup>661</sup> Na opinião de Cagnasso, *La concessione*, p. 119, o fato de os investimentos não terem sido amortizados não torna ineficaz o recesso, mas gera direito à indenização.

<sup>662</sup> É o posicionamento da Cassação francesa, retratado por Amiel-Cosme, *op. cit.*, p. 298

principal, poderão ter valor de uso bastante reduzido. Pense-se, por exemplo, num prédio que, cessada a distribuição, passa a ser alugado por valor bem inferior àquele que renderia dentro da atividade econômica para a qual foi adquirido. Enfim, o que se está a dizer é que os bens agrupados para o desenvolvimento do negócio, formando o estabelecimento comercial, patrimônio dinâmico, podem perder valor ao se transformarem em patrimônio estático, com o fim do contrato. Por outro lado, se os investimentos beneficiam tanto o produtor como o distribuidor, não é admissível que somente este arque com o risco de sua inutilização ao término do contrato. Eis aí mais uma consequência que se pode extrair da aplicação do princípio da boa-fé à situação em apreço, se não houver expressa previsão legal contemplando obrigação, a cargo do fornecedor, de indenização ou de compra dos bens do imobilizado.<sup>663</sup>

Diante dessas considerações, pensamos que não se pode afastar em tese o direito de o distribuidor ser indenizado pelos investimentos em máquinas, equipamentos e imóveis necessários a dar atendimento ao contrato de distribuição abusivamente denunciado.<sup>664</sup> Aliás, mesmo que a denúncia não seja abusiva, mas resulte, por exemplo, de necessidade de reestruturação da rede, ainda assim não se afigura tolerável que o distribuidor sofra sozinho o ônus da perda ou desvalorização de seus investimentos. Mais condizente com os princípios examinados é que, se o fornecedor espera extrair vantagens de uma nova configuração da rede de distribuição, também ele assuma os correspondentes riscos e prejuízos relacionados à reestruturação, da qual resultou a exclusão de alguns distribuidores. De outra banda, ainda que isso não seja decisivo para a solução aqui defendida, não se pode ignorar o fato de que o fornecedor tem mais facilidade em dispersar os prejuízos na rede, ou mesmo em fazer com o que o novo distribuidor que atuar na área geográfica do excluído venha a adquirir o estabelecimento comercial deste ou, pelo menos, alguns de seus bens.

A concretização desse direito, todavia, está a depender do exame de uma série de fatores. Dentre eles, cumpre considerar, primeiramente, a obrigatoriedade do investimento. Se ele foi determinado expressa ou implicitamente pelo próprio produtor, isso adquire relevância para a configuração do direito. O mesmo se diga quando o produtor estimula a realização de investimentos, gerando expectativa de continuidade do contrato. Em casos que tais, não se pode afirmar que o distribuidor tenha feito inversões por sua própria e exclusiva conta e risco. Outro aspecto relevante é a maior ou menor fungibilidade dos ativos, vale dizer, a possibilidade ou não de utilizá-los em outras atividades econômicas alheias à distribuição daquele determinado produto ou à prestação

<sup>663</sup> Obrigação que, como vimos alhures, é contemplada, em parte, pela Lei nº 6.729/79

<sup>664</sup> Quanto aos investimentos em publicidade realizados pelo distribuidor, diretamente ou participando financeiramente na publicidade da rede (com um percentual sobre suas receitas, por exemplo, situação bastante comum), entendemos que estes não devem ser restituídos diretamente, pois ou deles o distribuidor já se beneficiou ou o possível retorno desses investimentos não deixará de, ainda que indiretamente, ser computado no cálculo de lucros cessantes ou na compensação de clientela.

de um serviço específico. Pense-se, por exemplo, nos equipamentos dotados de um tal grau de especificidade, feitos sob encomenda, que só podem ser utilizados para operar com produtos de uma determinada marca. A existência ou não de cláusula de exclusividade de aprovisionamento também deve ser considerada, pois o distribuidor exclusivo faz uso dos bens integrantes de seu estabelecimento comercial com o único propósito de executar o contrato de distribuição. Nessas circunstâncias, com o término do contrato, o estabelecimento é paralisado em sua totalidade. Já quando não se exige exclusividade, o estabelecimento pode seguir funcionando, por força do comércio que o distribuidor continua a desenvolver com outros produtos. Pode acontecer, então, de poucos bens perderem sua utilidade (por exemplo, um mostrador específico para a venda das mercadorias que eram objeto do contrato de distribuição encerrado). Por fim, de extrema relevância a existência de cláusula de não concorrência pós-contratual, que impede ao ex-distribuidor de atuar no mesmo ramo, com marcas concorrentes, durante determinado tempo e em certo território, o que implica, por consequência, que o distribuidor não poderá fazer uso dos ativos justamente na atividade para a qual eles foram agrupados.<sup>665</sup>

A indenização do distribuidor será calculada considerando-se a parte não amortizada dos investimentos ou as despesas incorridas ou previstas na conversão dos ativos para outra atividade econômica. O cálculo de amortização dos investimentos deve orientar-se de acordo com parâmetros econômicos dotados de alguma objetividade, partindo, por exemplo, de médias de mercado. Realmente, não se pode esperar que o produtor pague o preço da ineficácia do distribuidor que, ao longo do contrato, alcançou resultados pífios e não recuperou suas inversões. Já se está a ver, pelo exposto, que o

---

<sup>665</sup> Vale transcrever os fatores e critérios sugeridos por Pardolesi, op. cit., p. 326, para concretização do dever de recompra, a partir do princípio da boa-fé: “Ai fini di una corretta delibazione delle direttive di intervento ex art 1 375, occorre individuare due parametri: a) l’entità complessiva degli investimenti che il recesso del produttore rischia di rendere irre recuperabili; b) il lasso di tempo necessario per il loro ammortamento. Per il punto *sub a*), l’*easy case* è rappresentato da risorse altamente specializzate, per le quali non sai ipotizzabile alcuna forma di riconversione: il valore ricercato è allora costituito dalla differenza tra il prezzo di acquisto e quanto sai dato recuperare dalla vendita della materia grezza (c.d. *scrap value*, di regola irrisorio). Il computo è più delicato – non tanto, però, da riuscire scoraggiante – quando le risorse siano specializzate, ma non in via esclusiva, sì che deve ammettersi la possibilità di um loro reimpiego nell’uso originario sotto l’egida di altro produttore (si pensi, per um esempio pratico, alle spese sostenute dal distributore per allestire um salone di esposizione di autoveicoli e all’eventualità che, sciolto il contratto, egli riesca ad accordarsi com altro costruttore automobilistico); in questo caso, il valore iniziale del capitale fisso va moltiplicato (*discounted*) per la probabilità, da 0 a 1, che la riutilizzazione abbia luogo. Criteri non dissimili, nella sostanza, devono esseri applicati all’ipotesi in cui le attrezzature si prestino ad um uso alternativo, sai pure a prezzo di onerose modificazioni: l’investimento iniziale deve essere aumentato delle spese necessarie per il riciclaggio e poi diminuito del valore che gli impianti presentano nella nuova utilizzazione. Va da sé che, nei due casi citati da ultimo, la misura che ricerchiamo tende, in termini relativi, a decrescere; ed è intuitivo che questo movimento scalare si accentua man mano che cresce la fungibilità delle risorse impiegate. Il distributore che possa, *at no cost*, intraprendere una diversa attività non abbisogna, almeno nella prospettiva che stiamo qui considerando, di alcuna tutela. Per il punto *sub b*), non si há altra scelta che affidarsi alla redditività media di unità commerciali operanti in contesti assimilabili. La stima è inevitabilmente approssimativa (anche se uma traccia illuminante può venire dai bilanci di esercizio della stessa impresa del distributore) e destinata ad esser tributaria di criteri di ragionevolezza, tanto più che il processo di ammortamento è rimesso a scelte gestionali e perciò soggetto a consistenti oscillazioni. Si può comunque ritenere che il periodo in questione non possa in nessun caso eccedere il tempo che uma somma di pari entità impiega a riprodursi se depositata in banca al saggio corrente di interesse attivo: questo è, infatti, il minimo ‘costo di opportunità’ per l’imprenditore che investa capitale di rischio; e il discorso è ancora più scontato nel caso in cui il capitale sai reperito sul mercato finanziario”

deslinde de litígios acerca da matéria não pode prescindir de informações técnicas e econômicas, colhidas na realização de prova pericial.

Uma outra situação que interessa examinar é a relativa ao destino dos bens integrantes do estabelecimento comercial do distribuidor. Constatamos que esse estabelecimento pode desarticular-se com o fim do contrato de distribuição, de tal maneira que os bens tornem-se inúteis e, isoladamente considerados, percam boa parte de seu valor. Diante disso, indagamos: pode o produtor ser forçado a adquirir tais bens, ainda que já recuperados os investimentos do distribuidor? Em nossa ordem jurídica, a Lei nº 6.729/79 dispõe sobre a obrigação de o concedente adquirir máquinas e equipamentos do concessionário, independentemente de terem ou não sido recuperados os investimentos feitos por este.<sup>666</sup> Pois bem, estando presentes as mesmas circunstâncias expostas supra, considerando-se principalmente o grau de especialização dos bens que compõem o estabelecimento do distribuidor, pode-se afirmar obrigação similar para os outros contratos de distribuição, aplicando-se analogicamente a Lei nº 6.729/79, eis que, mais uma vez, não se verifica qualquer especificidade a impedir que a obrigação nela plasmada se aplique apenas à concessão de venda de veículos automotores.<sup>667</sup>

Naturalmente, a obrigação de indenizar os investimentos ainda não recuperados e a de adquirir os bens inutilizados com o final do contrato não se cumulam pura e simplesmente, pena de haver intolerável *bis in idem*. Assim, se o valor de mercado dos bens é superior ao valor do correspondente investimento ainda não recuperado, só a diferença a maior deverá ser paga na compra. Pelo contrário, se a parte relativa ao investimento supera o valor de mercado do bem, nada mais precisa ser pago pelo fornecedor a este título. No primeiro caso, o fornecedor ficará com os bens, pagando o valor de mercado que lhe for reclamado mais o diferencial de investimentos não recuperados. No segundo, o fornecedor, reembolsando os investimentos, terá direito a ficar com os bens. Em última análise, portanto, o que se está a impor ao fornecedor é

<sup>666</sup> Tal obrigação deflui do inciso II, art. 23, da Lei, segundo o qual, não havendo prorrogação de contrato por tempo determinado, o concedente fica obrigado perante o concessionário a “comprar-lhe os equipamentos, máquinas, ferramentas e instalações destinados à concessão, pelo preço de mercado correspondente ao estado em que se encontrarem e cuja aquisição o concedente determinara ou dela tivera ciência por escrito sem lhe fazer oposição imediata e documentada, excluídos desta obrigação os imóveis do concessionário”. Igual obrigação surge se o concedente der causa à rescisão do contrato por prazo indeterminado (inciso II, art. 24).

<sup>667</sup> Assim, porém, não entendeu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em acórdão de sua Sexta Câmara Cível: “Contrato Franquia. Rescisão. Devolução dos materiais e equipamentos adquiridos para sua execução, mediante consignação em Juízo Inadmissibilidade. Contratos distintos, embora com determinação de encargos paralelos Rescisão de um não importa, obrigatoriamente, no desfazimento do outro. Ação improcedente. Recurso não provido Eventual prejuízo da autora pela impossibilidade de utilização dos bens adquiridos para execução da franquia, não transfere à ré o ônus de seu recebimento, porque a tanto não se obrigou” (6ª CC do TJSP, AC nº 183.294-1, Rel Des Euclides de Oliveira, j. 11 03.93). À parte o problema da eventual inadequação da medida judicial escolhida pelo franqueado (consignatória), há, na decisão, um equívoco contra o qual já advertimos supra: o ignorar a conexão funcional entre os diversos contratos celebrados entre franqueado e franqueador, de sorte que as vicissitudes de um afetam os outros.



uma obrigação de aquisição de certos bens, pelo valor não-amortizado ou pelo valor de mercado, o maior deles.

#### 4.8.1.3. DESPESAS LIGADAS DIRETAMENTE AO TÉRMINO DA RELAÇÃO CONTRATUAL

O encerramento do contrato de distribuição gera despesas ligadas à desmobilização e à descaracterização do estabelecimento do distribuidor como integrante da rede, que também devem ser indenizadas pelo fornecedor que procede à denúncia, abusiva ou não. Tanto mais, se está prevista a obrigação de não-concorrência pós-contratual do distribuidor, hipótese em que o distribuidor, na impossibilidade de redirecionar sua organização para outro tipo de negócio, estará compelido a encerrar suas atividades.

Nesse sentido, situação bastante típica é aquela em que o distribuidor se vê obrigado a rescindir os contratos de trabalho dos empregados do estabelecimento comercial em fase de desativação. As verbas rescisórias devidas em função disso devem ser assumidas pelo fornecedor, responsável pelo fim do contrato.<sup>668</sup>

Igualmente imputáveis ao fornecedor as despesas necessárias à eliminação, do estabelecimento do distribuidor, dos signos distintivos da rede de distribuição, que está a envolver, por exemplo, a supressão de placas e sinais luminosos, a pintura de veículos e outros bens sobre os quais se encontravam apostas marcas do fornecedor.

---

<sup>668</sup> Contra, Pardolesi, op. cit., p. 339, para quem a exigência de reembolso das despesas com rescisão dos contratos de trabalho implicaria a necessidade de duração do contrato de distribuição, até que os empregados atingissem a idade de pensionamento. Mas, desconsiderada essa *reductio ad absurdum*, o que pesa, mais uma vez, é a necessidade de o distribuidor não ser penalizado por uma decisão unilateral do fornecedor.

#### 4.8.1.4. INDENIZAÇÃO DOS LUCROS CESSANTES

O término da relação contratual impede que o distribuidor continue a auferir resultados com a atividade de distribuição. Põe-se, então o problema da indenização por lucros cessantes.

A indenização por lucros cessantes está condicionada à denúncia abusiva do contrato. Não se trata mais de evitar que os ônus resultantes imediatamente da denúncia sejam assumidos exclusivamente pelo distribuidor, ao final do contrato, como se dá em matéria de devolução de estoques e de amortização de investimentos, mas de garantir indenização de prejuízos decorrentes da prática de ilícito pelo fornecedor.

Considera-se, aqui, o interesse contratual positivo, isto é, o interesse na continuação do relacionamento entre as partes, de sorte que, em não sendo possível essa continuação, resta indenizar a parte prejudicada pelos ganhos que deixará de auferir. Mas esse interesse não é passível de ressarcimento, quando não houve abuso na denúncia do contrato por tempo indeterminado ou na não-renovação do contrato por tempo determinado que chega a seu termo. Realmente, os fundamentos para a indenização de certos prejuízos imediatos padecidos pelo distribuidor não se revelam suficientes para garantir a indenização de lucros que este deixará de auferir com a ruptura do vínculo contratual.

A indenização do distribuidor por lucros cessantes será devida considerando-se o período pelo qual a relação contratual ainda deveria perdurar, de acordo com as considerações alinhadas supra. Esse período, conforme o caso, pode ser o de aviso prévio (se não foi respeitado) ou ainda aquele resultante de um termo implícito de duração mínima do contrato, quando este for por tempo indeterminado. Quanto ao aviso prévio, a Lei nº 4.886/65 adota o prazo invariável de trinta dias, que se pode revelar por demais exíguo para os demais contratos de distribuição, tendo em vista os fatores já mencionados no capítulo próprio, tais como a duração do contrato, a importância dos investimentos, a existência de cláusula de exclusividade.<sup>669</sup> Como quer que seja, o principal fator a ser considerado parece, mais uma vez, ser o montante investido pelo distribuidor na constituição de estabelecimento comercial. Assim, deverá ser considerado como prazo mínimo de duração do contrato aquele necessário à amortização dos investimentos.

<sup>669</sup> A 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo já condenou o fornecedor a pagar lucros cessantes pelo período de um ano, ocorrida denúncia unilateral, desprovida de justa causa, de contrato de concessão comercial: “Contrato de Concessão Comercial. Denúncia unilateral. Indenização devida e consistente em lucros líquidos de um ano, mais danos emergentes. Apuração e liquidação.” (Ac un da 1ª Câmara Cível do TJSP, AC nº 268.263, Rel Des Tomaz Rodrigues, j. 20.02.79) Esclareça-se que, no caso, ocorrera o agravante de o concedente ter estimulado investimentos e, assim, despertado expectativas quanto à continuidade da relação contratual

Caso venha a ser rompida, antecipadamente, relação contratual por tempo determinado, serão devidos lucros cessantes pelo período que faltava para o atingimento do termo final do contrato.

Para fins de cálculo dos lucros cessantes, quando estes não forem tarifados,<sup>670</sup> deverá ser considerada a média dos resultados pretéritos, expungida da eventual influência de circunstâncias excepcionais, que impliquem quer numa redução, quer num aumento excessivo dos lucros.

---

<sup>670</sup> A propósito de tarifação, ainda que não a use a locução “lucros cessantes”, é disso que está a tratar o art 24, III, da Lei nº 6.729, quando estabelece que, dentre outras verbas, o concedente que dá causa à ruptura do contrato por tempo indeterminado deverá reparar o concessionário “pagando-lhe perdas e danos, à razão de 4% (quatro por cento) do faturamento projetado para um período correspondente à soma de uma parte fixa de 18 (dezoito) meses e uma variável de 3 (três) meses por quinquênio de vigência da concessão, devendo a projeção tomar por base o valor corrigido monetariamente do faturamento de bens e serviços concernentes à concessão, que o concessionário tiver realizado nos 2 (dois) anos anteriores à rescisão” Por sua vez, em se tratando de rescisão de contrato por tempo determinado, o art 25, I, preceitua que a indenização devida ao concessionário será “calculada sobre o faturamento projetado até o término do contrato e, se a concessão não tiver alcançado 2 (dois) anos de vigência, a projeção tomará por base o faturamento até então realizado”.

#### 4.8.2. COMPENSAÇÃO AO DISTRIBUIDOR PELO ATIVO IMATERIAL QUE AGREGOU À REDE

Teria o distribuidor excluído direito a ser compensado pela *plus valia* que sua atividade, seus esforços promocionais, agregaram à rede de distribuição, nomeadamente, pela clientela que ligou à marca ou ainda pela difusão da marca em determinado território? Eis aí questão das mais complexas, que tem suscitado boa discussão na doutrina estrangeira, e que, para ser respondida, exigirá, adiante, algumas digressões acerca do fundo de comércio, da clientela, e da importância da marca como fator de atração desta.

Pelo já dito em outras partes deste trabalho, fica claro que os contratos de distribuição são contratos de intercâmbio de prestações, comutativos, mas nem por isso deixam de ter algumas notas típicas dos contratos associativos *lato sensu*, por exigirem um alto grau de colaboração entre as partes, para o atingimento de objetivos comuns, a partir dos quais os ganhos de cada parte serão maiores. Assim, concedente e concessionário buscam ampliar o mercado para uma determinada marca, com o quê ganhará o concedente no aumento das vendas feitas ao concessionário, e este no aumento das vendas ao consumidor final. De forma ainda mais evidente, o franqueador que recebe, à guisa de remuneração mensal variável, um percentual do faturamento do franqueado não é alheio à sorte deste no mercado. Quanto maior a clientela do distribuidor, seja ele agente, concessionário ou franqueado, tantos maiores os seus ganhos e os do fornecedor. Portanto, o objetivo comum, no qual ambas as partes se devem empenhar, é a conquista de clientela, a qual, grosso modo, e sem, por ora, maior precisão conceitual, pode ser considerada um patrimônio comum.<sup>671</sup>

Dá-se, porém, que, uma vez findo o contrato, a clientela pode permanecer ligada à rede e não ao distribuidor excluído da rede, pois, do ponto de vista econômico, a clientela também está vinculada ao fornecedor,<sup>672</sup> atraída pela reputação dos seus produtos. O distribuidor, especialmente quando tolhido por uma cláusula de exclusividade, não podendo operar com marcas concorrentes ou mesmo com outros produtos similares, se identifica com a marca e com os demais signos distintivos da rede, de sorte tal que, desligado desta, dificilmente terá condições de atrair a clientela para outra atividade comercial que venha a desenvolver. Esta, pois, a situação: o distribuidor sai, a clientela fica. Terá ele, em consequência, direito a alguma espécie de compensação?

<sup>671</sup> Não estamos com isso querendo dizer que a clientela seja um bem.

<sup>672</sup> Pinto Monteiro, Denúncia ..., p. 86.

Em se tratando de agência comercial, consoante já exposto, a legislação oferece resposta afirmativa a tal questionamento. Na Europa, a legislação comunitária,<sup>673</sup> precedida ou seguida da legislação de diversos países da comunidade,<sup>674</sup> condiciona explicitamente a indenização do agente comercial à i) prova de que este ampliou a clientela do principal ou mesmo aumentou os negócios com a clientela preexistente; e ii) à demonstração de que o principal continuou a realizar negócios com essa clientela, uma vez findo o contrato com o agente.<sup>675</sup> A compensação devida ao agente é justificada pelo fato deste apenas angariar clientela para o principal, não realizando operações comerciais, em nome próprio, diretamente com essa clientela. Por isso, entende-se que, na ordem normal das coisas, a clientela permanece ligada ao principal, depois que o agente deixa de operar em nome deste. Daí a tentação do principal de eliminar um intermediário que recebe comissões em negócios realizados com consumidores já conquistados. Tudo isso mostra a necessidade de se garantir compensação ao agente,

<sup>673</sup> Trata-se da Diretiva Européia 86/653, de 18.12.86, texto que, como vimos, foi editado com o objetivo de harmonizar aspectos da legislação dos países-membros atinentes às consequências da extinção do contrato de agência. Esse diploma permite a opção de cada país-membro quer pela compensação de clientela (sistema alemão), quer pela indenização dos prejuízos ocasionados com a terminação do contrato (sistema francês). No caso da compensação de clientela, estabelece como limite uma retribuição anual, calculada com base na média de rendimentos dos últimos cinco anos. Note-se que a compensação é devida inclusive nos casos de não renovação de contratos por tempo determinado. A propósito, v. Martinez Sanz, op. cit., p. 83; Crahay, op. cit., p. 110.

<sup>674</sup> À exceção da França, os demais países optaram pelo sistema de compensação de clientela, de acordo com o modelo germânico (Martinez Sanz, op. cit., p. 87). Assim, por exemplo, a Espanha adotou esse mecanismo pela Lei nº 12/1992, nos seguintes termos: “28. Indemnización por clientela – 1. Cuando se extinga el contrato de agencia, sea por tiempo determinado o indefinido, el agente que hubiese aportado nuevos clientes al empresario o incrementado sensiblemente las operaciones con la clientela preexistente, tendrá el derecho a una indemnización si su actividad anterior puede continuar produciendo ventajas sustanciales al empresario y resulta equitativamente procedente por la existencia de pactos de limitación de competencia, por las comisiones que pierda o por las demás circunstancias que concurran”. Nesse diploma, a justificativa para a indenização não se pauta em ato abusivo ou culposos do principal, mas na necessidade de liquidar equitativamente um patrimônio comum aos contratantes, consistente na clientela angariada, a qual “se disolverá, generalmente en beneficio del empresario, quien podrá seguir disfrutando de la misma” (Martinez Sanz, op. cit., p. 59). É necessário, assim, que o agente tenha trazido novos clientes ou incrementado os negócios com a clientela existente, e que o empresário continue a se beneficiar da clientela após o fim do contrato de agência. Em face desse objetivo, é indiferente que o contrato seja por tempo determinado ou indeterminado. São situações excludentes do direito à indenização: a resolução em razão de incumprimento imputável ao agente; a denúncia operada pelo agente, salvo por ato imputável ao principal ou em razão de outro fato que seja razoável para justificar a não continuação da atividade; cessação de direitos do agente a terceiros. Em Portugal, dispõe sobre a matéria, na esteira da Diretiva Comunitária, o Decreto-lei nº 178/86, em seu art. 33, nº 1: “Sem prejuízo de qualquer outra indemnização a que haja lugar, nos termos das disposições anteriores, o agente tem direito, após a cessação do contrato, a uma indemnização de clientela, desde que sejam preenchidos, cumulativamente, os requisitos seguintes: a) O agente tenha angariado novos clientes para a outra parte ou aumentado substancialmente o volume de negócios com a clientela já existente; b) A outra parte venha a beneficiar consideravelmente, após a cessação do contrato, da actividade desenvolvida pelo agente; c) O agente deixe de receber qualquer retribuição por contratos negociados ou concluídos, após a cessação do contrato, com os clientes referidos na alínea a)”. Tal diploma, como se percebe, também condiciona à indenização à continuidade dos benefícios que o principal possa extrair da clientela angariada pelo agente. É o que explica Maria Helena Brito, op. cit., p. 100: “Esta ‘indenização de clientela’ não tem a natureza de reparação pelo prejuízo sofrido pelo agente com a cessação do contrato; é antes uma compensação ou uma contrapartida de uma vantagem obtida pelo principal e de uma perda sofrida pelo agente. O fundamento desta ‘indenização’ é o incremento da clientela, que reverte a favor do principal, enquanto o agente perde a retribuição que poderia auferir daquela clientela se o contrato não terminasse”. Também na Bélgica, onde, curiosamente, a legislação sobre agência é mais recente que a legislação sobre concessão mercantil, o direito à indenização do agente está condicionado à ampliação da clientela ligada ao produto, por força do seu trabalho, bem assim à manutenção dessa clientela pelo produtor (Dubuisson e Tossens, op. cit., p. 473).

<sup>675</sup> Entre nós, a Lei nº 4.886/65 não faz qualquer referência a tais circunstâncias, como condicionantes à indenização do agente na hipótese de denúncia do contrato pelo principal. Essa indenização fica afastada apenas se estiver configurada uma das hipóteses de justa causa de que trata o art. 35. Daí concluir Requião, *Do representante comercial*, p. 186, à luz dessa legislação, que: “O direito à clientela, desse modo, não serve para desvendar a natureza jurídica da indenização, de que se vinha tratando. Esta tem, evidentemente, seu fundamento na indenização compensatória dos prejuízos causados pela rescisão abusiva, sem causa, do contrato de representação comercial”.

que, com o término da relação contratual, deixará de auferir remuneração pelos benefícios que o principal continuará a extrair de seu trabalho.

Argumenta-se, em ordem a afastar a aplicação de soluções simétricas aos demais contratos de distribuição, que concessionário e franqueado operam em nome e por conta próprias, razão pela qual têm condições de manter a clientela conquistada graças a seus esforços pessoais.<sup>676</sup> Ou ainda se afirma, com o mesmo objetivo, que a marca notória é o único ou, quando menos, preponderante fator de atração do consumidor, cumprindo ao distribuidor apenas manter o padrão qualitativo que justifica essa notoriedade, de maneira que, rigorosamente, o seu trabalho não é fator de atração de consumidores, mas apenas de manutenção de clientela já conquistada pela marca.

Pelo quanto já exposto retro, percebe-se que a recusa de indenização do concessionário e do franqueado, a partir da idéia de que eles comandam estabelecimentos autônomos e possuem clientela própria, que pode permanecer vinculada a eles depois de encerrado o contrato de distribuição, repousa sobre um falso pressuposto. As formas contemporâneas de distribuição, especialmente a franquia, tendem a esconder a figura do comerciante autônomo sob o manto dos signos comuns à rede. Fica em primeiro plano a marca do produto ou do serviço, em prol da qual se somam os esforços de promoção dos distribuidores e do controlador da rede. Propala-se um padrão de qualidade na oferta de bens e prestação de serviços comum a todos os distribuidores integrantes da rede, e não daquele distribuidor em específico. Por isso mesmo, são muito reduzidas as chances de o distribuidor exclusivo, passando a trabalhar com outra marca, capturar os favores da clientela que ativamente vinculou à rede de

<sup>676</sup> A independência do concessionário e a possibilidade dele manter a clientela após o término do contrato de distribuição são, como explica Champaud, *La concession commerciale*, p. 477, as razões pelas quais o Judiciário francês se recusa a aplicar as normas próprias aos agentes aos demais contratos de distribuição. Esse entendimento tem sido mantido, como informa Amiel-Cosme, *op. cit.*, p. 299, julgando a Cassação francesa que a clientela pertence ao distribuidor independente, em vista do quê não há razão para indenizá-lo pela sua suposta perda ao final do contrato. Philippe Malaurie e L. Aynès, *Cours de Droit Civil: les contrats spéciaux*, p. 455, entendem que a clientela não é indenizável, por ser do concessionário, e não do concedente. Para Ferrier, *op. cit.*, p. 314, há partição da clientela entre produtor e distribuidor ao final do contrato, fato que inviabiliza a compensação deste último. Na Itália, De Nova, *Nuovi contratti*, p. 227, informa que a opinião doutrinária afasta a tentativa de atribuir ao concessionário direito semelhante ao do agente em matéria de indenização de clientela, isso porque ele, concessionário, salvo a hipótese de estar preso a uma cláusula de não-concorrência pós-contratual, tem amplas condições de disputar a clientela com o seu antigo concedente. Para Cagnasso, *La concessione ...*, p. 128, enquanto o agente desenvolve a clientela alheia, o concessionário desenvolve a clientela própria, sendo que, ao final do contrato de concessão, o concessionário ficará com a clientela fiel aos seus serviços, ao passo que o concedente manterá a clientela fiel à marca, nada havendo, pois, a indenizar, ressalvada a hipótese de cláusula limitadora da concorrência. Pardolesi, *op. cit.*, p. 345, após rechaçar a tentativa de equiparação de regimes de indenização de clientela, entre agente e distribuidor, preconiza um julgamento de mercado sobre a repartição da clientela: “Conviene, più pragmaticamente, lasciare che il divorzio s’incarichi di dipanare l’intricata matassa. Quanti inseguivano il prodotto di marca, i clienti del fornitore, si volgeranno al nuovo distributore; chi invece apprezzava l’affidabilità del rivenditore, continuerà ad apportargli la propria domanda, se questi non è impedito dal proseguire l’attività. La soluzione há il pregio di schiavare avventurose quantificazioni; e non mortifica l’impegno del distributore, che è compensato sai dagli utili ritratti in ragione dell’attività svolta, sai dalle chances d’incrementare le proprie relazioni commerciali (tanto più che, ribadiamo, v’è un’insanabile contraddizione nella pretesa di dissociare i rovesci connessi alla cessazione del rapporto dai vantaggi dell’integrazione nell’arco del suo svolgimento)” Tal solução, reconhece o autor, *op. cit.*, p. 346, revela-se inviável na hipótese em que uma cláusula de não-concorrência pós-contratual impede essa forma de divisão da clientela. Michele Klein, *op. cit.*, p. 252, por razões similares, também recomenda cautela no transplante análogo de soluções legais da agência para outros contratos de distribuição, especialmente o de concessão, em que o concessionário atua em nome e por conta própria perante terceiros.

distribuição da qual participava anteriormente. Enfim, a tendência é a diluição da identidade de cada comerciante integrado na identidade da rede.

Quanto ao poder atrativo da marca, trata-se de linha de argumentação que, ao contrário da anterior, reconhece a permanência do vínculo do consumidor à rede, em detrimento do distribuidor excluído. Se a constatação é parcialmente correta (a marca é importante fator de atração da clientela), o mesmo não se pode dizer da consequência que dela se extrai: inexistência de qualquer direito em favor do distribuidor. É o que passaremos a demonstrar nas linhas que seguem.

A esta altura, ainda que em breve excursão, justificam-se algumas considerações acerca do fundo de comércio,<sup>677</sup> da clientela e do aviamento, para o quê nos socorremos das precisas lições de OSCAR BARRETO FILHO a respeito da matéria.<sup>678</sup> Para este ilustre comercialista, o estabelecimento configura-se como um “complexo organizado de bens diversos que se encontram na disponibilidade jurídica do sujeito sob os mais variados títulos”.<sup>679</sup> A unidade desses bens no estabelecimento resulta de um liame funcional: todos se prestam ao desenvolvimento da atividade econômica exercida de forma organizada, isto é, da empresa.<sup>680</sup> Não se faz imprescindível que o empresário seja proprietário dos bens que compõem o estabelecimento, importando, sim, que, em razão de um direito real ou pessoal, tenha possibilidade de usar os bens e direitos no desenvolvimento de seu comércio.<sup>681</sup> O estabelecimento é composto por bens materiais, tais como as máquinas e equipamentos, o mobiliário em geral e os estoques do empresário, e também por bens imateriais ou incorpóreos, caso dos direitos relativos a marcas e patentes, do direito ao ponto, garantido, aqui e alhures, pela possibilidade de renovação de contrato de locação comercial, e dos direitos que emergem dos diversos contratos ligados à atividade empresarial, dentre os quais, os próprios contratos de distribuição.<sup>682</sup> Quanto à clientela,<sup>683</sup> não se trata, segundo OSCAR BARRETO

<sup>677</sup> A locução “fundo de comércio” ou “estabelecimento comercial” já se revela um tanto inadequada para expressar o conceito que lhe é subjacente. É que, hodiernamente, atribui-se não apenas ao comerciante a titularidade de um estabelecimento comercial, mas ao empresário de uma forma geral, quer desenvolva ela uma atividade civil, quer uma atividade comercial. Nesse sentido, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 27.912, Rel. Ministro Vicente Leal, j. 27.03.95, ao julgar renovatória proposta ainda sob a égide do Decreto nº 24.150/34, deixou de conhecer recurso interposto contra acórdão que estendera a empresa de transportes o direito à renovação de contrato de locação. Melhor, portanto, seria falar em estabelecimento ou fundo empresarial. Todavia, em homenagem ao uso consagrado, continuaremos a falar em “fundo de comércio” ou “estabelecimento comercial”.

<sup>678</sup> Teoria do estabelecimento comercial, 2. ed., São Paulo, Saraiva, 1988.

<sup>679</sup> Ibidem, p. 187.

<sup>680</sup> Ibidem, p. 138.

<sup>681</sup> Ibidem, p. 139.

<sup>682</sup> Na lição de Assis Gonçalves Neto, Direito Comercial, p. 136, “incluem-se e se englobam como bens incorpóreos do estabelecimento todos os direitos que viabilizam ou asseguram seu funcionamento, como os oriundos dos contratos de duração (de fornecimento, de distribuição, de concessão mercantil, de franquia), das relações de emprego (das quais resulta a manutenção de pessoal qualificado no atendimento da clientela) e, para não detablar mais, das que determinam o fluxo de clientes (através, por exemplo, de contratos formulários”.

<sup>683</sup> Na França, onde lei de 17.03.1909 disciplina operações com o fundo de comércio, elencando seus elementos (insígnia, nome comercial, *droit au bail*, clientela, *achalandage*), entende-se que a clientela é um bem, e distingue-se, tradicionalmente, a *clientèle* do *achalandage*, possuindo aquela uma relação de confiança e fidelidade com o estabelecimento, em razão de atributos subjetivos deste, ao passo que a *achalandage* resulta da simples localização do estabelecimento comercial, propícia a atrair os passantes, como se dá no caso de estabelecimentos alimentícios.



FILHO, de um bem imaterial, mas de uma situação de fato protegida indiretamente pela lei,<sup>684</sup> como se dá no regime de repressão à concorrência desleal.<sup>685</sup> Já o aviamento é uma qualidade do fundo de comércio, resultado de um conjunto de fatores pessoais, materiais e imateriais que confere a dado estabelecimento a aptidão de produzir lucros.<sup>686</sup> Entre clientela e aviamento estabelece-se uma dialética de implicação recíproca: a clientela que se ligou ao estabelecimento contribui para aumentar o valor do aviamento; inversamente, quanto maior o aviamento, maior a capacidade do estabelecimento de atrair novos clientes.<sup>687</sup>

Apresentadas, sumariamente, essas noções, podemos voltar ao cerne da questão proposta. Em capítulos anteriores, ficou assentada a idéia de que a rede de distribuição caracteriza-se como um grupamento de sociedades e também como uma superorganização empresarial que, sob o controle do fornecedor, engloba as organizações semi-autônomas dos diversos distribuidores. Não há na rede, portanto, uma exata simetria entre empresa e sociedade, esta como forma daquela. A função econômica de distribuição reclama uma atividade empresarial que conjuga atores econômicos formalmente autônomos. Esse fenômeno -- da integração empresarial -- de certa forma esfuma as fronteiras entre os fundos de comércio dos distribuidores. Deveras, ainda que os bens materiais (máquinas, estoques) e certos direitos (direito ao ponto)<sup>688</sup> continuem sendo atribuíveis individualmente a cada fundo de comércio, os bens imateriais, especialmente a marca, título de estabelecimento, patentes, *know-how*, pertencentes ao fornecedor, são compartilhados pelos distribuidores, os quais, ao tempo em que se beneficiam desses bens, também contribuem para agregar-lhes valor. Ora, esse fato justamente está a impedir, especialmente nos contratos de franquia, que o distribuidor consiga firmar uma identidade própria de seu fundo perante terceiros. Ao revés, sua atividade tende a reforçar a imagem da rede de distribuição e da marca do bem ou serviço distribuído. Pode-se assim afirmar que a atuação conjunta dos distribuidores, cada qual titular de um estabelecimento próprio, forma um aviamento e

---

existentes em terminais de transporte. A tal respeito, v., Pierre Collomb, *La clientèle du fonds de commerce*, in *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, ano XXXII, n. 1, p. 1-48, jan./mar. 1979, p. 8 e Jorge Manuel Mortinho de Abreu, *Da empresarialidade: as empresas no Direito*, Coimbra, Almedina, 1996, p. 51.

<sup>684</sup> Op. cit., p. 182.

<sup>685</sup> Ibidem, p. 184.

<sup>686</sup> Para conceituá-lo, o autor faz uso da seguinte imagem: “O aviamento existe no estabelecimento, como a beleza, a saúde ou a honradez existem na pessoa humana, a velocidade no automóvel, a fertilidade no solo, constituindo qualidades incindíveis dos entes a que se referem” (ibidem, p. 171). Não é uma coisa, mas um valor, ou melhor, um acréscimo de valor “que se junta à soma dos valores dos elementos singularmente considerados, em virtude de sua organização na unidade técnica do estabelecimento, que os torna aptos a produzir novas riquezas” (p. 176). Assis Gonçalves Neto, op. cit., p. 139, no mesmo diapasão, afirma que “o aviamento, não podendo ser individualizado, não tendo existência autônoma, isolada do conjunto de bens que conformam o estabelecimento, nem sendo tratado pelo ordenamento jurídico como um bem imaterial em si mesmo, deve ser entendido como um atributo ou uma qualidade do estabelecimento, protegido pela lei em função da proteção dada ao próprio estabelecimento”.

<sup>687</sup> Ibidem, p. 180.

<sup>688</sup> O direito ao ponto, em diversos casos, é assegurado ao próprio controlador da rede, que loca o imóvel de terceiro e o subloca ao distribuidor. Trata-se, como pudemos constatar, de prática bastante comum no setor de distribuição de combustíveis.

uma clientela coletivos.<sup>689</sup> Em outras palavras, diversos fundos individuais compartilham elementos ou atributos comuns, indispensáveis para a sobrevivência de cada qual. Além disso, não nos parece demasiado afirmar que à própria rede podem ser atribuídos alguns elementos imateriais tipicamente ligados aos fundos de comércio individuais, ou, melhor ainda, embora os elementos sejam imputáveis a cada estabelecimento, da atividade coordenada dos distribuidores e dos esforços desenvolvidos por cada qual, pode-se falar em um aviamento coletivo, além do aviamento exclusivo a cada distribuidor. Nesse processo interativo, o individual apóia-se no coletivo e, simultaneamente, possibilita, com sua atividade promocional, uma agregação de valores ao coletivo. Assim sendo, o desligamento da rede implica na perda, para o distribuidor excluído, desses elementos e atributos, o que pode levar a uma significativa redução de seu aviamento individual.

Assinale-se que o esmaecimento das fronteiras entre fundos de comércio, em virtude do compartilhamento de elementos de atração da clientela entre diversos estabelecimentos, tem sido fonte de controvérsias não apenas entre fornecedores e distribuidores, mas, igualmente, entre lojistas e proprietários de espaços locados, no tocante à renovação de contratos locatícios. Tanto alhures, como entre nós, põe-se o problema de saber se a circunstância de o principal elemento de atração da clientela ser estranho ao fundo de comércio do lojista não estaria a levar à própria negação deste, do fundo, como um bem a ser objeto de proteção por meio de ação renovatória.<sup>690 691</sup> Nessa

<sup>689</sup> “En la franquicia”, assinala Echebarria Sáenz, op. cit., p. 144, “se crea un fondo comercial común, del que se participa en diversa proporción, y del que no se puede predicar que beneficie exclusivamente a ordenante y agente”.

<sup>690</sup> Na França, a clientela é amiúde identificada como elemento essencial do fundo. Nesse sentido, a conhecida posição de Ripert, segundo o qual a clientela é o próprio fundo (apud Barreto, op. cit., p. 159). Em razão disso, a situação exposta -- fidelidade da clientela à marca e não ao distribuidor -- levou ao questionamento da própria existência do fundo de comércio autônomo do distribuidor. A questão revela toda sua importância em matéria de renovação de contrato de locação comercial (Collomb, op. cit., p. 20). A jurisprudência entende que, não havendo clientela própria, não há direito à renovação. Nesse sentido, o caso paradigmático é o dos chamados *buffets de gare*, onde o locatário realiza seu comércio dentro de estabelecimentos maiores que já atraem uma clientela própria, a qual o locatário usufrui, como se dá nas grandes lojas de departamento e em locais como terminais aeroportuários, rodoviários, centros desportivos etc. Nega-se, aí, que o locatário tenha fundo próprio, pois não possui clientela, mas apenas o que os franceses denominam de *achalandage* (público que se dirige ao estabelecimento em função mais de sua localização do que das suas qualidades intrínsecas), razão pela qual a jurisprudência tem afastado o direito à renovação do contrato. Nesse sentido, por entender que só há fundo de comércio nos casos de clientela própria, pessoal, autônoma, não identificável nos *buffets de gare*, a Assembléia Plenária da Cassação, em decisão de 24.04 70, excluiu o direito à indenização em casos que tais, informa Bruno Boccara, *Le fonds de commerce, la clientèle e la distribution intégrée*, Gazette du Palais, p. 1.021-1.036, 10 de setembro de 1994, p. 1023. Na doutrina, esse entendimento é sustentado por Le Floch, *Le fonds de commerce: essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles*, Paris, LGDJ, 1986, p. 197, segundo o qual o pequeno comerciante que explora espaço em uma grande *surface* não tem fundo próprio. Indo além nessa mesma linha de entendimento, algumas decisões isoladas excluíram o direito à renovação do contrato de locação em que o locatário era um franqueado, ao fundamento de que ele não possuía uma clientela própria, mas apenas se beneficiava da clientela ligada à marca, em razão do quê não possuía fundo de comércio próprio a ser protegido. Assim, em *arrêt* de 06.02.96, publicado na RTDC 2/1996, p. 237, a Corte de Paris, a propósito de uma locação comercial, julgou que, para valer-se de um direito à renovação, o franqueado precisaria demonstrar possuir uma clientela própria, inconfundível com aquela ligada à marca do produto. Em comentário crítico a este acórdão, Jean Derruppé anota que a clientela não se liga diretamente à marca, mas a quem a explora em um estabelecimento, de tal forma que o franqueado possui, sim, clientela própria, sem embargo do poder atrativo da marca. Segundo Ferrier, op. cit., p. 242, trata-se de posição contrária à jurisprudência dominante.

<sup>691</sup> Uma outra hipótese em que as modernas técnicas de comercialização põem em xeque a individualidade do fundo de comércio diz respeito aos centros comerciais, mais conhecidos como *shopping centers*. Também aqui se indagou, com vistas a se saber da existência de um direito à renovação do contrato de locação, se o lojista teria um fundo próprio (a rigor, com o advento da Lei nº 8.245/91, cujo § 2º, art. 52 é expresso quanto à possibilidade de renovação de contrato em *shopping center*, essa dúvida não mais se justifica). Em obra coletiva acerca da matéria, *Shopping centers: questões jurídicas*, São Paulo, Saraiva, 1991, coordenada por Roberto Wilson Renault Pinto e Fernando A. Albino de Oliveira,

ordem de idéias, há quem defenda a tese de que o fundo de comércio pertence ao titular do seu elemento fundamental, responsável pela atração da clientela. É o caso de LE FLOCH, para quem a resposta à indagação sobre se o concessionário e o franqueado possuem fundo de comércio próprio depende de saber se são eles os detentores dos elementos responsáveis pela atração da clientela, ou, em outras palavras, se eles geram uma clientela própria ou apenas se aproveitam da clientela da marca.<sup>692</sup> Assim, somente se a ligação da clientela se dá com elementos próprios e específicos do estabelecimento do distribuidor, pode-se afirmar que este é detentor de um fundo de comércio. Já em oposição, afirma-se que a marca não possui clientela própria, a não ser que se entenda como tal a clientela virtual ou meramente potencial.<sup>693</sup> A clientela real forma-se em torno de um estabelecimento operante, que possui vários elementos de atração da clientela, dentre os quais a marca.<sup>694</sup> Nada mais equivocado, portanto, que afirmar a inexistência de um fundo de comércio do qual é titular o distribuidor, e, em consequência, negar o

---

colhemos as opiniões de alguns juristas pátrios. Para Fernando A. Albino de Oliveira, p. 67, tanto o *shopping* como os lojistas possuem clientelas próprias, além de haver uma clientela dividida entre ambos, de forma que há múltiplos fundos concentrados no espaço físico do centro comercial. José da Silva Maquieira, p. 151, vislumbra uma unidade do fundo de comércio do empreendedor e dos lojistas, apesar de existirem elementos corpóreos e incorpóreos devidamente separados, afirmando que “se a clientela -- elemento fim -- é conjunta, posto que materializadora de um só objetivo de faturamento, irrefutável é a unicidade do fundo de comércio”. O mesmo autor, p. 152, sem embargo de reconhecer a preponderância do empreendedor na agregação dos principais elementos do fundo, reconhece ao lojista o direito à ação renovatória. Segundo Ives Gandra da Silva Martins, p. 90, há um sobrefundo de comércio pertencente ao *shopping*, que incrementa a potência dos fundos das lojas que nele se instalam, em razão do quê se justifica o pagamento pela *res speratae* e os pagamentos mensais que têm como base de cálculo o faturamento de cada lojista. Modesto Carvalhosa, por sua vez, admite o exercício da ação renovatória pelo lojista, por entender que o *shopping* propicia a formação de um único fundo de comércio com dois titulares (lojista e empreendedor). Este autor, p. 173, textualmente, afirma que “no caso específico de ‘*shopping center*’, o fundo de comércio tem uma dupla titularidade, pois foi parcialmente formado pelo empreendedor-locador e parcialmente pelo lojista-locatário”. Roberto Wilson Renault Pinto, p. 230, admite três possibilidades de composição do problema do fundo de comércio no *shopping*: existência de um fundo global pertencente ao empreendedor; existência de dois fundos, um do empreendedor, o outro do lojista, existência de um único fundo com dois titulares. Também para este autor, p. 231, o pagamento da *res speratae* é a “contraprestação pela fruição do fundo de comércio detido pelo empreendedor em vários contratos de shopping center”. Finalmente, Nardim Lemke, em monografia dedicada aos diversos problemas jurídicos relacionados ao *shopping center*, *Shopping Center questões jurídicas e contratuais*, Blumenau, Acadêmica, 1999, após discorrer acerca da atração de clientela exercida pelo lojista e pelo próprio centro comercial, pondera que este possui apenas uma pré-disposição para o afreguesamento e que clientela subjetiva apenas os lojistas podem criar (p. 166), o que justifica a proteção ao seu ponto (p. 171). Na esfera judicial, vale ainda referir decisão proferida pela 6ª Turma do STJ no REsp nº 189 380-SP, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 20.05.99, em controvérsia acerca da possibilidade de penhora do direito ao ponto comercial em *shopping center*. A administradora do *shopping*, em embargos de terceiro, sustentou a impenhorabilidade do ponto, alegando, dentre outros argumentos, inexistir um fundo de comércio do lojista, que conferiria direito ao ponto, linha que foi rechaçada em 2º grau de jurisdição. O STJ não conheceu do recurso, mas, em *obiter dictum*, afirmou-se a existência de fundo de comércio do lojista, a amparar o direito ao ponto.

<sup>692</sup> Este autor, op. cit., p. 195, adverte que a jurisprudência não tem admitido a idéia de copropriedade do fundo, preferindo investigar quem é o responsável maior pelo seu poder de atração de clientela. A esta indagação, quando formulada em matéria de distribuição comercial, ele diz não haver resposta única: “Lorsque la part du détaillant se révèle prépondérante, la propriété du fonds doit lui être reconnue. Au cas contraire, la solution inverse doit l’emporter” (p. 200).

<sup>693</sup> A Corte de Cassação, segundo informa Collomb, p. 10, nunca admitiu clientela meramente potencial como hábil a justificar a existência de um fundo de comércio. Todavia, a partir de 1973, entende que a existência de clientela real e certa não pressupõe, necessariamente, a prévia exploração de um dado estabelecimento. Deveras, em acórdão daquele ano, a Cassação admitiu a preexistência de um fundo de comércio que jamais tinha sido explorado, em face da notoriedade da marca, isso para qualificar como locação de fundo, e não locação de imóvel, a locação de uma estação de serviços (p. 14). Para este autor, a brecha aberta pela posição jurisprudencial citada poderia vir a atingir todo o setor de distribuição (p. 15). Sobre a tentativa de qualificação da franquía e da concessão como locação-gerência de fundo de comércio preexistente, v. Le Floch, op. cit., p. 206. Boccara, op. cit., p. 1029, também se refere à distinção jurisprudencial entre clientela virtual (simples potencialidade), clientela certa (decorrente da notoriedade) e clientela real.

<sup>694</sup> Na lição já citada de Jean Derruppé, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial*, n. 2, 1996, p. 239, a clientela não se liga diretamente à marca, mas a quem a explora em um dado estabelecimento. Desta forma, “chacun a une part de

direito à renovação do contrato de locação. Para BOCCARA, a marca pode influenciar no valor e na importância do fundo, mas não é responsável por sua existência nem determina, por si só, quem seja o seu titular.<sup>695</sup> Ainda que atraída pela marca, a clientela se forma em torno de um estabelecimento concreto.<sup>696</sup>

No Brasil, ao contrário do que sucede na França, a clientela não tem sido considerada como um elemento ou como “o” elemento do fundo de comércio, mas, da mesma forma que o aviamento, como uma qualidade do fundo, resultante da organização dos elementos que compõem este.<sup>697</sup> Nessa perspectiva, a clientela, sem dúvida, influencia no valor do fundo, mas não na sua existência. Não há que se falar, assim, que o franqueado ou o concessionário não seriam detentores de um fundo de comércio próprio, na medida em que a clientela é atraída pela marca do fornecedor, pois, certamente, conjugam uma série de bens corpóreos e incorpóreos voltados ao exercício de uma atividade mercantil.<sup>698</sup> A questão que se coloca é outra: a circunstância de alguns dos principais fatores de atração da clientela não serem da titularidade do distribuidor, mas do controlador da rede, e de que os esforços promocionais daquele acabam sendo, em grande parte, revertidos em favor da rede e, em última análise, do seu controlador. O problema, insista-se, não é de existência ou inexistência de fundos de comércio, mas de relacionamento, de interpenetração de fundos, ou, até mais, de constituição de um fundo comum da rede, pelos esforços concertados dos seus integrantes, com criação, em certa medida, de uma comunidade de interesses.<sup>699</sup> O fenômeno integrativo põe em jogo tanto a autonomia das atividades empresariais, como a individualidade dos fundos de comércio que lhes dão sustentáculo.<sup>700</sup> Nessa perspectiva, os diversos casos expostos têm a

---

clientèle qui est propre à son activité et possède donc un fonds de commerce”. Nesse sentido, refere-se o autor a decisão de 24 11 92, do Tribunal de Grande Instância de Paris.

<sup>695</sup> Op cit., p 1030.

<sup>696</sup> Na visão deste autor, op. cit., p. 1031, clientes da marca seriam os próprios comerciantes, que utilizam localmente suas potencialidades, agregadas a outros elementos específicos de seu fundo, para atrair e ampliar uma clientela local em torno de um fundo local. E remata. “il ne peut y avoir de clientèle sans la création de tous éléments nécessaires à l’ensemble seuls susceptible de l’attiver” (p. 1033)

<sup>697</sup> Assis Gonçalves Neto, Direito Comercial, p. 141.

<sup>698</sup> Desse entendimento, Abreu, op. cit., p. 64, que refuta a idéia de que o franqueado não possuiria um estabelecimento comercial, em razão de a clientela vincular-se à marca do franqueador, pois, de um lado, o estabelecimento não se reduz à clientela, e, de outro, é o franqueado, pela combinação de meios, que obtém a clientela efetiva do estabelecimento

<sup>699</sup> “La comunidad de intereses se presenta pues, siempre que existe una masa con contenido patrimonial como resultado de una imbricación de intereses, como, por ejemplo, en la coexplotación de fondos de comercio en la franquicia, puesto que la relación desarrolla una clientela que pese a pertenecer al titular de la marca, es explotada en conjunto, creándose un activo inmaterial para ambas empresas” (Echebarria Saénz, op. cit., p. 161).

<sup>700</sup> No Brasil, alguns dos problemas resultantes da superposição ou interpenetração de fundos de comércio, sob a forma de conflitos entre as distribuidoras de combustíveis, na condição de sublocadoras, e os proprietários de imóveis locados para a revenda a varejo desses produtos, foram submetidos ao Judiciário. Promovidas ações renovatórias pelas distribuidoras, que locam os imóveis dos proprietários e os sublocam aos revendedores varejistas, os locadores arguem, preliminarmente, a sua ilegitimidade ativa, já que não desenvolveriam atividade comercial própria no local e, por conseguinte, não seriam detentoras de fundo de comércio a ser protegido por meio da renovatória. O conflito chegou ao Superior Tribunal de Justiça, o qual, num primeiro momento, em diversos julgados, entendeu haver uma convivência, no mesmo espaço, de dois fundos de comércio – o da distribuidora e o do varejista -- de tal forma que também a distribuidora poderia propor ação renovatória. Nesse linha de entendimento: “Processual Civil e Comercial. Locação. Ação Renovatória. Distribuidoras de Derivados de Petróleo. Legitimidade Ativa. 1. Distribuidoras de derivados de petróleo que, impossibilitadas de comercializar diretamente seus produtos, sublocam posto de serviço aos revendedores, através dos quais atingem o consumidor final. 2. Orientação pretoriana no sentido de recusar o aforamento da ação renovatória pela Distribuidora, no caso de sublocação total do imóvel a terceiro, diante da inexistência de fundo de comércio a ser protegido. 3. Vedação normativa, emanada de resoluções do Conselho Nacional do Petróleo, que impede

virtude de demonstrar quão difícil pode tornar-se, no atual contexto de integração de atividades empresariais, a identificação e imputação de um fundo de comércio a uma determinada sociedade.<sup>701</sup>

Resta saber, diante desse panorama, se o distribuidor tem direito a alguma compensação pelos valores que agrega à rede, especialmente sob a forma de clientela que permanece fiel à marca do produto distribuído após a sua exclusão. Diversos fatores devem ser considerados na tentativa de dar-se uma resposta a essa questão. Em primeiro lugar, conquanto o fato de, contrariamente ao que sucede com o agente comercial, os demais distribuidores realizarem operações diretamente e em nome próprio com a clientela, e não apenas a captarem para o distribuidor, recomendar cautela na transposição de soluções de um tipo contratual para outro, não afasta, por si só, a possibilidade de compensação do distribuidor. Apelar para uma solução de mercado, como preconiza PARDOLESI,<sup>702</sup> de tal sorte que restaria a cada uma das partes a tarefa de lutar pela clientela que antes era explorada em comum, é desconhecer os efeitos do fenômeno integrativo, em especial a perda de identidade perante terceiros do distribuidor sob o aparato dos signos da rede.

O poder de atração da marca também deve ser ponderado com muita cautela. Se é certo que a marca, nas grandes redes, constitui-se no grande fator de atração da clientela, ela não é o único, e, mais importante, a própria marca é fortalecida pela atuação dos distribuidores, muitas vezes até sob a forma de investimentos deles próprios em publicidade. Com efeito, não raro, concessionários e franqueados contribuem para um fundo comum de publicidade da marca. Mesmo à míngua desse financiamento, importa que parte significativa da atividade promocional dos distribuidores volta-se à divulgação da marca. Assim, a clientela se mantém fiel à marca também em consequência dos

---

a atuação da Distribuidora no comércio varejista. 4. Comunhão de interesses existente entre Distribuidora (locatária e também sublocadora) e revendedor (sublocatário) no intuito de comercializar os mesmos produtos, por primeiro no atacado e ao depois no varejo. 5. Coexistência harmônica e plenamente identificável no imóvel de dois fundos de comércio. 6. Preponderância da tutela ao fundo de comércio, razão da existência da ação renovatória, sobre demais aspectos da atividade comercial dos revendedores retalhistas. 7. Legitimidade ativa da Distribuidora para a propositura da ação renovatória que se proclama, mercê do atendimento dos requisitos capitulados nos artigos 2º e 3º do Decreto nº 24.150/34. 8. Recurso especial do revendedor não conhecido, ante o desatendimento das exigências preconizadas pela chamada lei de luvas para o exercício da ação renovatória” (Ac por maioria da 4ª T do STJ, REsp nº 7.655-PR, Rel. Bueno de Souza, j. 06.12.93). “Processual Civil. Comercial. Locação. Ação Renovatória. Legitimidade Ativa I- Distribuidora de derivados de petróleo que, impossibilitada de comercializar diretamente seus produtos, subloca posto de serviço ao revendedor. II- Existência do fundo de comércio da distribuidora, em conjunto, com o revendedor, o que legitima a propositura da ação renovatória de locação por qualquer um dos dois. III- Recurso não conhecido” (Ac un da 6ª T do STJ, REsp nº 37.120-1, Rel. Ministro Pedro Aciole, j. 29.11.94). Ainda no mesmo sentido: REsp nº 57.029, julgado pela 6ª Turma, em 29.05.95, Rel. Ministro Adhemar Macial; REsp nº 67.105, julgado pela 5ª Turma, em 03.12.96, Rel. Ministro José Dantas. Todavia, depois veio a prevalecer entendimento diverso, a afastar a possibilidade da distribuidora de combustíveis postular a renovação do aluguel comercial, vez que o fundo de comércio a ser protegido, nos termos do art. 51, § 1º, da Lei nº 8.245/91, somente seria o do sublocatário, no caso, o comerciante varejista. São as decisões mais recentes da 5ª e 6ª Turmas daquela Corte (a 4ª Turma deixou de ter competência para julgar essa matéria), de que são exemplos as proferidas pela 5ª Turma no REsp nº 150.248-SP, Rel. Ministro Édson Vidigal, j. 16.12.97, e, pela 6ª Turma, no REsp nº 178.439, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, j. 03.11.98.

<sup>701</sup> Discorrendo sobre os centros comerciais e as franquias, no prefácio ao trabalho de Le Floch, observa Jean Paillusseau, p. 17, que: “Dans des situations de ce genre, la notion de clientèle devient tellement floue et collective qu’il est difficile, sinon très artificiel d’y rechercher le critère de l’existence de tel ou tel fonds”.

esforços dos próprios distribuidores.<sup>703</sup> Deflui do exposto que não se pode excluir de plano a compensação do distribuidor pela clientela que seus esforços ajudaram a trazer para rede. A maior notoriedade da marca pode, sim, implicar significativa redução do valor da compensação, mas não, por si só, eliminar o direito.<sup>704</sup> Trata-se, pois, de uma situação de fato, a exigir uma investigação das circunstâncias do caso concreto. Assim, por exemplo, o distribuidor excluído pode ser daqueles que tenha ingressado nos primórdios da rede, quando ainda se buscava firmar a marca do produto ou serviço. Em outro caso, o distribuidor logrou a inserção do produto em região até então inexplorada ou explorada deficientemente por distribuidores anteriores. Numa outra situação ainda, o distribuidor conseguiu, no seu território, abocanhar para a marca fatia superior do mercado àquela conquistada por distribuidores da mesma rede em outras regiões. Enfim, quem transforma uma clientela meramente virtual em clientela real é o distribuidor. Nesse processo, há que se investigar a sua parcela de contribuição pessoal ao desenvolvimento da rede.

Outro aspecto que não é de somenos importância reside no fato de que o produtor pode exigir -- e normalmente exige -- do novo distribuidor que passar a explorar a clientela daquele que foi excluído um valor adicional, mercê de lhe ser outorgado um território já trabalhado.

Também é relevante considerar a existência de algum impedimento a que o ex-distribuidor continue a atuar na sua antiga zona de distribuição, oferecendo produtos ou serviços concorrentes.<sup>705</sup> Trata-se da chamada cláusula de não-concorrência, examinada retro. Essa cláusula impede que o antigo distribuidor venha a disputar a clientela captada para a rede de distribuição. É uma forma, pois, de garantir que essa clientela continuará a beneficiar os antigos ou novos distribuidores da rede e, reflexamente, o próprio fornecedor. A existência da cláusula, frisamos, não é constitutiva do direito à compensação -- até porque, já vimos, as circunstâncias concretas poderão evidenciar ser a concorrência, de fato, improvável -- mas, sem dúvida, facilita a caracterização de tal direito, bem como exerce inegável influência na sua quantificação.

Deve-se ter em conta, igualmente, a existência de outros mecanismos contratuais ou mesmo de práticas não escritas que permitam ao principal, diretamente ou por

<sup>702</sup> Op. cit., p. 345.

<sup>703</sup> Na lição de Guyenot, *Concessionaires ...*, p. 81: “La clientèle n’est plus celle de son fonds [do concessionário], mais celle du produit, par fidélité à celui-ci, grâce à l’activité du concessionnaire pour y attacher l’usager devenu le client de la marque et du concédant qui en est le titulaire”.

<sup>704</sup> Para Echebarria Sáenz, op. cit., p. 448, a importância da marca, como fator de atração de clientela, modera, mas não elimina o direito à compensação. V., também, na mesma obra, p. 547. Pinto Monteiro, *Denúncia ...*, p. 86, nota 94, e p. 91, nota 103, por sua vez, considera relevante a ponderação entre o poder atrativo da marca x os esforços promocionais do distribuidor, quer para aferir os requisitos autoizadores da aplicação analógica dos preceitos relativos à agência aos contratos de concessão, quer para a quantificação do valor a ser indenizado.

intermédio dos novos distribuidores, ter dados específicos sobre a clientela do ex-distribuidor, o que certamente facilitará a permanência de sua vinculação à rede,<sup>706</sup> ou ter imediato acesso a tal clientela, ocupando, por exemplo, o mesmo estabelecimento físico do antigo distribuidor.<sup>707</sup>

Há, pois, que se aferir a colaboração do distribuidor no crescimento da rede. Uma vez reconhecido o que ele agregou em termos de clientela e de aumento de prestígio da marca, impõe-se a compensação por aquilo que deixará de gozar ao ser excluído. O fornecedor, ao fim do contrato, apropria-se com exclusividade do que antes era comum e, ao seu talante, pode ora explorar diretamente a zona já trabalhada, ora transferi-la a um novo distribuidor, cobrando até mesmo um valor adicional pelo fato de já existir uma clientela efetiva conquistada. Como se vê, portanto, o principal aspecto a ser considerado reside justamente na apropriação, pelo fornecedor, do resultado de esforços comuns,<sup>708</sup> independentemente de existir obrigação contratual prevendo que o distribuidor deverá garantir a transferência da clientela para o fornecedor ou para outro distribuidor que já integra ou venha a integrar a rede.<sup>709</sup> Situação que tem justificado, com as cautelas já referidas, a aplicação analógica aos demais contratos de distribuição da disciplina atinente aos contratos de agência, naqueles países em que a compensação do agente está condicionada ao aumento da clientela e à sua manutenção pelo representado.<sup>710</sup>

<sup>705</sup> Para os autores que se impressionam com o fato de o concessionário atuar junto ao público em nome e por conta próprios, podendo, em tese, manter a clientela mesmo após a sua exclusão da rede, a cláusula de não-concorrência é o fator decisivo para justificar uma compensação. Nesse sentido, Pardolesi, op. cit., p. 349; Klein, op. cit., p. 252.

<sup>706</sup> Como já referido, a aplicação analógica das normas de compensação da clientela aos concessionários, na Alemanha, foi condicionada à existência de uma obrigação de transferência da clientela para o concedente ou terceiro por este indicado, que, numa versão atenuada, passou a significar apenas a obrigação de prestar informações sobre essa clientela, tornando-a acessível ao concedente. Sobre isso, Pinto Monteiro, Denúncia ..., p. 89. Para este autor, op. cit., p. 90, por sinal, basta o efetivo acesso à clientela, a ser aferido segundo um juízo de probabilidade, independentemente de qualquer obrigação contratual de transferi-la para o principal, para que se sustente o direito à compensação.

<sup>707</sup> Não raro, exatamente com tal objetivo, o fornecedor ou possui um título de domínio sobre tal estabelecimento ou um título de posse. Neste último caso, situação deveras freqüente é a do fornecedor locar o imóvel em que será explorada a atividade e o sublocar ao distribuidor. Findo o contrato, o distribuidor é obrigado a sair do estabelecimento físico e o fornecedor pode transferir sua posse a um novo distribuidor.

<sup>708</sup> “Ciertamente, ese activo común que constituía la clientela conseguida se disolverá, generalmente en beneficio del empresario, quien podrá seguir disfrutando de la misma” (Martinez Sanz, op. cit., p. 59). Mais adiante, o autor volta a afirmar que o fundamento da indenização nos contratos de distribuição é a existência de um ativo comum consubstanciado em relações comerciais aptas a garantir benefícios futuros, sendo que, a partir da ruptura do contrato, uma das partes passa a gozar exclusivamente desse ativo (p. 105). Para Guyenot, *Concessionnaires et commercialisation des marques: la distribution intégrée*, p. 100, a perda do concessionário reside em não mais se beneficiar da clientela que agregou à marca do concedente. Também Kleidermacher, op. cit., p. 198, defende que o benefício agregado pelo franqueado à rede de distribuição deva ser indenizado, muito embora considere de difícil prova a existência desse benefício, dado o papel preponderante da marca. Para Virassamy, *Les contrats*, p. 247. “La rupture constitue en effet à la fois la perte du moyen d’existence de son cocontractant, et son éviction d’une entreprise au développement et à la prospérité de laquelle il avait pris une part certaine”.

<sup>709</sup> “Lo decisivo” assinala Martinez Sanz, op. cit., p. 317 “es que, una vez extinguido el contracto, el concedente tenga efectivo acceso a la clientela conseguida por el concesionario - sin que ello deba entenderse como la consecuencia necesaria de una concreta obligación contractual en tal sentido”.

<sup>710</sup> Posição defendida por Martinez Sanz, op. cit., p. 310: “En ambos supuestos, sin embargo, se produce - o puede producirse, según las circunstancias del caso concreto - un labor de creación o consolidación de clientela que podría ser susceptible de retribuirse con cargo a la compensación por clientela”. Em contrário, Esperanza Gallego Sanchez, op. cit., p. 115, que, conquanto admita, como regra geral, ser a clientela do franqueado absorvida pelo franqueador, fato que, no plano da justiça material, estaria a recomendar tratamento similar àquele conferido a outros intermediários da distribuição, caso dos agentes, afasta, dadas as diferenças entre o contrato de agência e o contrato de franquia, a



Por todo o exposto, vê-se que não se trata tanto de indenizar o distribuidor por um prejuízo decorrente da sua exclusão da rede,<sup>711</sup> mas, sim, de compensá-lo pelo que agregou à rede,<sup>712</sup> de tal sorte que, sem a demonstração desse benefício, ainda que por indícios, a verba torna-se indevida. Podemos vislumbrar nisso, grosso modo, uma afloração do princípio que veda o enriquecimento sem causa,<sup>713 714</sup> o qual, por sinal, também inspirou a tratativa da renovação obrigatória do contrato de locação comercial.<sup>715</sup> Esse princípio, aliás, nada mais é senão mais uma das manifestações da justiça comutativa nas relações entre particulares. Deveras, ao apropriar-se de um patrimônio que antes era comum (chamemos assim, por comodidade, a clientela), sem adequada compensação do distribuidor, o fornecedor enriquece às suas custas. Há uma perda do distribuidor e um correspondente ganho do fornecedor (ou da rede). A esta altura, não nos parece seja de todo inadequado comparar a hipótese em exame com os casos de acessão industrial,<sup>716</sup> uma das modalidades típicas de enriquecimento sem causa identificadas pela doutrina: a clientela acede à rede de distribuição, desvinculando-se da figura daquele determinado distribuidor, por ocasião do término do contrato.

Para negar a aplicação do princípio ao caso de que se cuida, alega-se que o eventual enriquecimento do principal não seria desprovido de causa, mas, pelo contrário, a causa seria o próprio contrato.<sup>717</sup>

---

analogia, e, por outro lado, não reputa possível a resolução do problema a partir do princípio da boa-fé, sendo necessária, em sua opinião, a intervenção legislativa.

<sup>711</sup> A compensação pela clientela não deve confundir-se com a indenização por lucros cessantes, devida na hipótese de denúncia ou não-renovação abusiva.

<sup>712</sup> Tem-se aí, afirma Pinto Monteiro, *Denúncia ...*, p. 79, “uma compensação a favor do agente, após a cessação do contrato, pelos benefícios que o principal continua a auferir com a clientela angariada ou desenvolvida pelo agente”.

<sup>713</sup> Echebarria Sáenz, *op. cit.*, p. 519, e, mais adiante, p. 541 e seguintes.

<sup>714</sup> Note-se que, ao contrário do que sucede em outros ordenamentos, no brasileiro, o princípio em questão ainda não encontrou uma formulação legal que o recepcione em todo o seu alcance. Em Portugal, por exemplo, encontrou assento no art. 473 do Código Civil, em termos bastante amplos: “Aquele que, sem causa justificativa, enriquecer à custa de outrem é obrigado a restituir aquilo con que injustamente se locupletou”. Já nosso Código Civil dispõe apenas sobre algumas modalidades de enriquecimento sem causa, como se dá em matéria de pagamento indevido (art. 964 e seguintes). Isso, porém, não impede que, subjacente a uma série de disposições específicas, passe a nortear, por analogia *juris*, diversas situações não reguladas, tal como se dá com a boa-fé objetiva. Quanto ao projeto de Código Civil, este traz preceitos mais gerais, que transcrevemos: “Art. 886. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”; “Art. 887 A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir”.

<sup>715</sup> Realmente, não deixa de haver, como já observou Champaud, *La concession commerciale*, p. 478, uma certa proximidade entre a situação do principal e a do locador, que, antes das intervenções legislativas na matéria, podia se apropriar de parte do valor gerado pelo fundo de comércio do locatário ao final do contrato de locação comercial. A *ratio* da proteção ao locatário está exposta nos *consideranda* ao primeiro diploma brasileiro a dispor sobre o direito à renovação, o Decreto nº 24.150: “(...) Considerando que a necessidade de regular as relações entre proprietários e inquilinos, por princípios uniformes de equidade, se fez sentir universalmente, impondo como impôs aos povos da mais elevada educação jurídica a instituição de leis especializadas; Considerando que, se de um modo geral, essa necessidade se impôs, mais ainda se torna impreterível, tendo em vista os estabelecimentos destinados ao comércio e à indústria, por isso que o valor incorpório do ‘Fundo de Comércio’, se integra em parte no valor do imóvel, **trazendo destarte pelo trabalho alheio benefícios ao proprietário**; Considerando assim que não seria justo **atribuir exclusivamente ao proprietário tal quota de enriquecimento em detrimento, ou melhor, com o empobrecimento do inquilino** que criou o valor; Considerando que uma tal situação valeria por um **locupletamento** condenado pelo Direito moderno ( )” (destaques nossos).

<sup>716</sup> Referidos por Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, v. I, p. 486.

<sup>717</sup> Virassamy, *Les contrats ...* p. 244. Discorrendo sobre o contrato de agência, Martinez Sanz, *op. cit.*, p. 93, conclui que não se pode fundamentar a indenização do agente no enriquecimento sem causa do principal, justamente porque o contrato de agência tem por finalidade ampliar as relações comerciais com os consumidores, sendo, pois, a causa do benefício. Nessa linha, em hipótese na qual o distribuidor excluído postulava indenização pelo fundo de comércio, o



Porém, o que o contrato possibilita ao fornecedor é um ganho parcial e indireto sobre a clientela conquistada, durante o curso da relação contratual, e não a apropriação de todo o ganho, após o seu término. Acresce que, como já dito, o enriquecimento não se funda na idéia de prestação não adequadamente remunerada, e sim, na de apropriação exclusiva de algo que gerava benefícios comuns, numa hipótese, repita-se, próxima à da acessão de bens ao patrimônio de uma das partes.<sup>718</sup>

Por outro lado, a circunstância, tantas vezes acenada ao longo do trabalho, de os contratos de distribuição apresentarem aspectos associativos pode, neste passo, revelar-se de alguma utilidade. Realmente, poder-se-iam aqui invocar, *cum grano salis*, os preceitos que tratam da dissolução e liquidação de entes societários, para o fim de se apurar o acréscimo de valor à rede propiciado pela atuação do distribuidor, e compensá-lo por tal acréscimo.<sup>719</sup>

Do exposto, resulta claro que a compensação de que se está a tratar não depende de ato faltoso ou abusivo cometido pelo denunciante do contrato, e tampouco se qualifica como remuneração de um serviço prestado, mas decorre do imperativo de uma justa repartição, ao final do contrato, dos benefícios gerados pela atividade comum.

É certo que, levado este raciocínio às últimas conseqüências, mesmo na hipótese de denúncia unilateral do contrato pelo distribuidor, ou de resolução do contrato, fundada em ato imputável a este, seria devida a compensação por clientela, ainda que eventualmente compensável com prejuízos causados pelo distribuidor ao fornecedor. Todavia, as soluções legais conhecidas não vão tão longe, afastando a indenização por clientela, quer quando o próprio distribuidor finda, por ato próprio a relação contratual, salvo justa causa, quer quando se lhe é imputada responsabilidade por descumprimento

---

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por sua 6ª Câmara Cível, na AC nº 587038720, Rel. Des. Adalberto Libório Barros, em acórdão publicado na Revista de Jurisprudência do TJRS, nº 131, pp. 389-394, como um dos fundamentos para negar esse direito, considerou não ter havido enriquecimento sem causa, vez que o distribuidor, ao longo do contrato, fora devidamente remunerado.

<sup>718</sup> Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, em alentada monografia, *O enriquecimento sem causa no Direito Civil*, Lisboa, Centro de Estudos Fiscais, 1996, apresenta-nos as seguintes categorias de enriquecimento sem causa por prestação, por intervenção; resultante de despesas efetuadas por outrem; por desconsideração do patrimônio do alienante em caso de transmissão de bens para terceiro; e resultante de fenómeno natural. A nosso entender, o caso em exame se aproximaria mais do enriquecimento por intervenção, assim definido pelo autor, p. 688 “A hipótese do lucro por intervenção diz respeito a situações em que alguém obtenha um enriquecimento através de uma ingerência em bens jurídicos alheios, especialmente em virtude do uso, fruição, consumo ou disposição desses bens. Verificado esse enriquecimento, e não tendo o titular à sua disposição outro meio de ser indemnizado ou restituído, coloca-se justamente a questão jurídica de lhe poder ser atribuída uma pretensão de restituição desse enriquecimento com fundamento no art. 473, nº 1. O fim dessa pretensão será assim a recuperação da vantagem patrimonial que, de acordo com a repartição dos bens efectuada pela ordem jurídica, respeitava a outrem, consistindo a questão central do enriquecimento por intervenção a de determinar se e em que medida a vantagem patrimonial obtida se pode considerar pertença de outrem”

Uma possível intervenção, assinala adiante o mesmo autor, p. 720, é a que se opera sobre bens imateriais

<sup>719</sup> Não estamos a falar, é claro, do procedimento liquidatório, mas, mais genericamente, das idéias gerais sobre a apuração de haveres de sócios, especialmente na hipótese que, de acordo com o uso consagrado, tem-se denominado “dissolução parcial”

do contrato.<sup>720</sup> Em contrapartida, o término do contrato em razão de caso fortuito ou de força maior, nas hipóteses que afetam pessoalmente o distribuidor, especialmente o agente comercial, tais como doença incapacitante, invalidez ou morte, não exclui a possibilidade de compensação por clientela.<sup>721</sup> Daí por que o enquadramento da compensação de que se está a tratar no domínio do enriquecimento sem causa não é isento de dificuldades e inconsistências com o regime legal, como apontam diversos autores.<sup>722</sup>

Note-se ainda, para dificultar ainda mais o enquadramento desse direito no instituto do enriquecimento sem causa, que os preceitos da legislação forânea que dispõem sobre a “indenização” de clientela e a condicionam à apropriação dos benefícios da atividade do distribuidor pelo principal, fixam, amiúde, tetos indenizatórios, caso, v.g., dos diplomas alemão<sup>723</sup> e espanhol<sup>724</sup> relativos à agência.

Por derradeiro, não há como se negar uma parcial superposição entre compensação de clientela e indenização por lucros cessantes, conquanto cada qual, como visto, tenha fundamentos diversos e subordine-se à presença de requisitos distintos. É que os lucros cessantes decorreriam da exploração dos mesmos bens incorpóreos e se beneficiariam do aviamento e da clientela cuja permanência na rede se pretende seja compensada. Noutro giro, os lucros cessantes dizem respeito, de certa

<sup>720</sup> É o que dispõe o art. 89b, iii, 3, do Código Comercial alemão: “El derecho a la compensación no existe si el agente de comercio ha terminado la relación contractual, a menos que la conducta del empresario haya sido justa causa para tal terminación o el agente de comercio no pueda razonablemente continuar su actividad por causas de su edad o salud. Además, no hay derecho a indemnización si el empresario terminó la relación por causa de una falta del agente” (texto anexo a Marzorati, *Sistemas*...). Na mesma linha, a lei espanhola de agência dispõe, em seu art. 30, que: “El agente no tendrá derecho a la indemnización por clientela o de daños y perjuicios. a) Cuando el empresario hubiese extinguido el contrato por causa de incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a cargo del agente. b) Cuando el agente hubiese denunciado el contrato, salvo que la denuncia tuviera como causa circunstancias imputables al empresario, o se fundara en la edad, la invalidez o la enfermedad del agente y no pudiera exigirse razonablemente la continuidad de sus actividades. c) Cuando, con el consentimiento del empresario, el agente hubiese cedido a un tercero los derechos y las obligaciones de que era titular en virtud del contrato de agencia”. Observa Echebarria Saénz, *op. cit.*, p. 552, que, se o principal criar obstáculos irrazoáveis à transferência do estabelecimento, em razão do quê o agente pura e simplesmente desiste de dar continuidade à relação contratual, é devida a compensação por clientela.

<sup>721</sup> “El derecho a la indemnización por clientela existe también en el caso de que el contrato se extinga por muerte o declaración de fallecimiento del agente” (art. 28, 2, da Lei espanhola 12/92). V., também, os casos referidos na nota anterior.

<sup>722</sup> Pinto Monteiro, *Denúncia*..., p. 80, sobre a qualificação desse direito, afirma: “Trata-se, em suma, a nosso ver, de uma medida mais próxima do instituto do enriquecimento sem causa do que da responsabilidade civil, sem com isto pretender tomar posição definitiva no debatido problema da natureza jurídica de indenização de clientela”. Para concluir adiante, *op. cit.*, p. 84, que, afastando a cessação imputável ao agente o direito à compensação, este instituto tem natureza mista. Já Michele Klein, *op. cit.*, p. 252, recorrendo sobre o trato da questão na Alemanha, afirma que “En definitiva, como se ha puesto de relieve en la doctrina alemana, puede decirse que presenta um carácter remuneratorio en el sentido de que se trata de conceder al agente una ulterior contraprestación por su labor de captación de nueva clientela y el sensible aumento de operaciones con la antigua, que normalmente no quedan totalmente recompensadas mediante la retribución durante el contrato; pero, por outro lado, no es una retribución pura, pues no depende exclusivamente de la pérdida de futuras comisiones, sino también de las efectivas ventajas para el empresario representado (que, al igual que em el texto alemán, han de ser ‘considerables’); además, entra en juego el principio de equidad, que determinará en última instancia, en función de las circunstancias concurrentes, la procedencia o no de la compensación. Por todas estas razones no puede extrañarse que se haya afirmado que se trata de um derecho *sui generis*”.

<sup>723</sup> “La indemnización no puede ser superior al promedio de la comisión anual u outra retribución anual en los últimos cinco años de la actividad del agente de comercio: en caso que la relación contractual haya sido menor a cinco años, el promedio durante el período de sua actividad es utilizado” (art. 89b, iii, 2, do Código Comercial).

<sup>724</sup> Trata-se do art. 28, 3, da Lei 12/92, com conteúdo substancialmente idêntico ao da lei alemã.

forma, à perda de clientela,<sup>725</sup> derivada do término da atividade de distribuição, ao passo que a compensação parte de outro enfoque: o benefício agregado a rede, e materializado na clientela a ela transferida pelo distribuidor. Dessarte, quando devida, cumulativamente, a compensação de clientela e a indenização por lucros cessantes (por conta da denúncia abusiva), caberá ao aplicador tomar as cautelas para evitar um eventual *bis in idem* de condenações.

---

<sup>725</sup> Para Klein, op. cit., p. 253, a impossibilidade de aproveitamento da clientela angariada também pode ser considerada no estabelecimento da indenização por ruptura abusiva, principalmente quando a denúncia ocorreu num tempo tão curto que não houve condições de se obter a adequada contrapartida aos esforços do distribuidor.

## CONCLUSÃO

A integração de múltiplos entes empresariais, formalmente autônomos, em redes econômicas controladas por macro-empresas, constitui um dos fenômenos mais marcantes da economia moderna. Essa integração, traduzida, por vezes, em neologismos deselegantes como “terceirização”,<sup>726</sup> opera tanto nos circuitos de produção, como nos de distribuição de bens e serviços. Neste trabalho, focamos nossa atenção nos efeitos que esse processo provoca no relacionamento entre os distribuidores integrados e o controlador ou principal da rede, tanto sob a ótica bilateral, como sob a multilateral.

A distribuição integrada, especialmente sob as formas da concessão e da franquia, tipos sociais que vêm sendo progressivamente transformados em tipos legais, permite ao principal diluir entre os integrantes da rede certos ônus e riscos da atividade distributiva, mas sem perder a capacidade de interferir e controlar essa mesma atividade.

Mas esse fenômeno – da integração de atividades empresariais de diversos agentes econômicos – ainda desperta pouca atenção no mundo jurídico pátrio. Em regra, as representações dos nossos juristas continuam presas à figura do comerciante autônomo, a qual, na realidade, vai, progressivamente, cedendo passo à do comerciante integrado, dependente, cuja autonomia empresarial, no tocante à decisões mais relevantes para o seu negócio, torna-se cada vez mais uma ficção.

Nota característica dos contratos de integração, que, a nosso ver, são bons exemplos daquilo que uma certa doutrina norte-americana tem denominado “contratos relacionais” é a sua complexidade e elasticidade, a demandar ajustes e adaptações contínuos ao longo da relação contratual, bem como a exigir das partes um grau de colaboração mais elevado na consecução de objetivos comuns.

Pode-se afirmar que os contratos em apreço, em especial o contrato de franquia, conjugam caracteres próprios aos contratos de intercâmbio com caracteres dos contratos associativos, formando figura híbridas, enfoque propiciado pelo método tipológico, que valoriza as gradações, e não os cortes abruptos entre os tipos e categorias contratuais.

Colaboração, integração, plasticidade do relacionamento, tudo isso está a reclamar um apelo mais constante aos princípios contratuais da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual, e às cláusulas gerais em que se incorporam. Não que a autonomia privada seja posta em segundo plano ou mesmo abandonada. Não nos incluímos entre os

---

<sup>726</sup> Mais uma contribuição do mundo dos negócios ao afeamento da língua portuguesa.

pregoeiros da sua morte. Trata-se, sim, de, proceder a uma ponderação de princípios contratuais na resolução dos problemas concretos submetidos ao aplicador do Direito.

Outro dado importante a ser tido em conta é a emergência, nas relações contratuais interempresariais, de atores coletivos, como é o caso, no Brasil, das associações de concessionários da mesma marca, que solapa parte da autonomia privada dos contratantes individuais, principalmente no que toca à disposição do conteúdo do contrato.

Feitas essas considerações de ordem geral, podemos alinhar algumas conclusões específicas a que chegamos ao longo do trabalho.

Sem prejuízo de particularidades estruturais de cada qual, os contratos de agência, concessão e franquia podem todos ser qualificados como integrantes de uma mesma família ou microsistema contratual: o dos contratos de distribuição. Essa constatação, aliada a uma abordagem tipológica dos contratos em apreço, menos preocupada em estabelecer fronteiras absolutas entre uns e outros, do que em captar o contínuo que os liga, facilita o empréstimo, pela via analógica, das soluções legais particulares previstas, em regra, para o contrato de agência, e, no caso brasileiro, para uma modalidade específica de concessão comercial, que é a concessão de venda de veículos automotores.

Para além do enfoque bilateral dos contratos de distribuição, revela-se bastante promissor o exame das múltiplas relações entre distribuidores e controlador e entre os próprios distribuidores no âmbito da rede empresarial, a qual, sem que isso implique reconhecimento de uma relação societária entre os diversos integrantes, é passível de qualificação como um grupo de subordinação de fato.

A rede é constituída pelo principal para a consecução de interesses próprios. Ainda assim, cabe-lhe zelar, para que, não apenas no seu próprio interesse, mas também no interesse da coletividade dos distribuidores, sejam observados os parâmetros que garantem a sua coesão e harmonia. Em especial, cumpre-lhe garantir o respeito à divisão espacial da atividade dos distribuidores. Sua omissão em fazer respeitar a estruturação da rede acarreta responsabilidade contratual perante os distribuidores prejudicados. Acresce que, no uso de suas prerrogativas contratuais, o controlador deve observar uma exigência de tratamento isonômico dos integrantes da rede. Nessa perspectiva, favorecimentos ou perseguições a um ou alguns distribuidores são passíveis de caracterização como abuso do poder de controle.

Se não chega a haver um contrato plurilateral entre os distribuidores, eis que cada um deles mantém uma relação bilateral com o principal, a conexão entre os diversos contratos, os quais em seu conjunto formam a ossatura jurídica da rede, está a garantir um elevado grau de oponibilidade dos direitos atribuídos a cada distribuidor, do que é bom exemplo o de exclusividade territorial. Mas, dando um passo além da oponibilidade, a mesma exclusividade também pode ser enfocada como uma cláusula plurilateral, inserida num contrato bilateral, de sorte que sua observância poderá ser reclamada por qualquer distribuidor que se sinta prejudicado com a atuação invasiva de outro.

A formação de redes fechadas de distribuição suscita problemas relativamente a terceiros que pretendam, sem integrar-se à rede, distribuir os mesmos produtos. A recusa de venda a esses terceiros, pelo principal, mais do que uma faculdade lícita, é um dever, principalmente quando a rede for estruturada em zonas de distribuição exclusiva outorgadas aos distribuidores integrados. A atuação do terceiro pode ser questionada, tanto pelo principal, como pelos distribuidores, à luz do Direito da Propriedade Industrial, principalmente das normas que punem a concorrência desleal, sob a forma, aqui, de concorrência parasitária.

O fenômeno integrativo se traduz em contratos bastante complexos, que, na esteira da doutrina francesa, denominamos contratos-quadro, os quais contemplam obrigações que vão muito além do mero intercâmbio de bens ou serviços por um determinado preço em dinheiro. Essas cláusulas passam pela padronização da atividade dos distribuidores, pela coordenação dos esforços promocionais destes, pela delimitação de suas respectivas áreas geográficas de atuação, enfim, pela constituição de um sistema organizado de distribuição, sob o controle do fornecedor.

A integração empresarial vertical traz como consectário, em graus variáveis, a uniformização ou, pelo menos, harmonização da conduta de diversos agentes econômicos, fenômeno que não passa despercebido ao Direito Econômico. Testemunho disso, a rica casuística européia e norte-americana, que, reconhecendo a integração distributiva como uma situação passível de controle sob a ótica das normas voltadas à preservação da concorrência, concentrou-se no exame da validade jurídica das cláusulas que estruturam a rede, caso das que estipulam exclusividades territoriais, sugerem ou determinam os preços a serem praticados na revenda, dispõem sobre a exclusividade de abastecimento. No Brasil, apesar de já serem contadas algumas importantes decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, o trato da matéria ainda é incipiente.

Todavia, a questão mais candente em matéria de contratos de integração econômica e, particularmente, em contratos de distribuição – e que constitui o núcleo

temático deste trabalho – diz respeito ao término da relação contratual, sobretudo quando se trata de uma relação por tempo indeterminado. Trata-se de saber se, nesse domínio, o princípio da não-perpetuidade dos contratos, a propiciar a denúncia unilateral dos contratos por tempo indeterminado, vigora em sua formulação clássica, isto é, incondicionada, ou se encontra limitado por outros valores e princípios. As conclusões a que chegamos é que, i) no seu exercício, além dos limites legais eventualmente previstos, e, como defendemos, suscetíveis de aplicação analógica, há que se atentar ao princípio da boa-fé e aos limites que emergem da própria função do contrato; e, ii) no que respeita às conseqüências de seu exercício, releva, sob o pálio do equilíbrio contratual e, mais genericamente, da justiça comutativa, proceder a uma razoável distribuição dos ônus entre as partes: de um lado, o distribuidor é desintegrado da rede, o que, permita-se o jogo de palavras, pode levar à desintegração de sua atividade econômica; de outro, ao principal cabe assumir alguns dos custos derivados desse fato, custos que, assinale-se, pode, em certa medida, diluir na própria rede.

Da função dos contratos distributivos examinados, que não se circunscreve a uma simples troca de prestações, emerge a possibilidade de, nos contratos por tempo indeterminado, apurar-se um prazo mínimo de duração, determinável a partir do tempo estimado como razoável para a amortização dos investimentos do distribuidor.

Por seu turno, o princípio da boa-fé, na sua função de parâmetro de controle das prerrogativas contratuais conferidas às partes, está a impor que, ao exercer o poder de denúncia unilateral, o principal o faça da forma menos lesiva possível aos interesses do distribuidor. Nessa ordem de idéias, revela-se indispensável a concessão de um aviso prévio razoável ao término do contrato, razoabilidade que, na sua concretização, depende de vários fatores, dentre os quais avulta o grau de integração do distribuidor à rede.<sup>727</sup> Além disso, impõe-se a preservação dos investimentos realizados pelo distribuidor, instrumentais à atividade distributiva, o que está a apontar para a existência de um prazo mínimo de duração do contrato: aquele necessário à amortização desses investimentos. Exige-se, igualmente, que o principal respeite as expectativas que, por atos próprios, despertou no distribuidor, no tocante à continuidade do contrato. Por fim, à vista dos efeitos gravosos da terminação para o distribuidor, justifica-se uma restrição ainda maior à possibilidade de denúncia unilateral: a exigência de motivação para o ato. Realmente, a denúncia *ad nutum* revela-se incompatível com a carga de obrigações e o grau de integração próprios aos contratos de distribuição. A motivação de que se está a falar, frise-se, não se confunde com aquela que pode ensejar a resolução do contrato. Não se trata de imputar ao distribuidor um ato de descumprimento do contrato. Assim, a própria reestruturação da rede pode justificar o encerramento das relações contratuais com alguns distribuidores, sem que se possa ver nisso qualquer ato reprovável do principal, o

<sup>727</sup> Que depende de circunstâncias tais como a existência de uma cláusula de exclusividade de aprovisionamento.

que, todavia, não elimina a necessidade de indenização de alguns dos prejuízos emergentes do término do contrato.

Sob o ângulo do Direito Econômico, a terminação do contrato de distribuição também pode qualificar-se como conduta ilícita, como abuso de poder econômico. Aqui, todavia, é preciso muita cautela do aplicador, já que o abuso sob a ótica cível não se confunde com o abuso sob a ótica econômica, de sorte que preenchidos os requisitos daquele não estarão automaticamente preenchidos os requisitos deste. Conquanto a terminação imotivada do contrato, uma das modalidades de terminação em ofensa ao princípio da boa-fé, possa até ser indiciária de abuso de poder econômico, não se mostra bastante, a nosso ver, para resolver a questão. Enfim, a terminação não caracteriza ilícito *per se*.

No tocante às conseqüências do término do contrato, destacam-se a indenização dos prejuízos que daí decorrem para o distribuidor e a compensação pelos benefícios que agregou à rede de distribuição, e que nela permanecem mesmo após a sua retirada.<sup>728</sup> A indenização de alguns prejuízos independe do caráter lícito ou abusivo da denúncia, fundando-se no imperativo de garantir o equilíbrio entre as partes ao final do contrato. Incluem-se aqui a recompra dos estoques, a indenização de certos investimentos não-amortizados, a compra de bens e equipamentos do distribuidor utilizados para a distribuição, a assunção de certas despesas originárias do término do contrato (verbas rescisórias de empregados, supressão de signos de identificação da rede). Já a indenização dos lucros cessantes, que diz com o interesse positivo na manutenção do contrato, apenas se impõe, caso a denúncia tenha sido abusiva, isto é, não observe as balizas ditadas pela própria função do contrato e pelo princípio da boa-fé.

Por seu turno, a obrigação de compensar tem uma causa diversa: deriva dos benefícios que a atividade do distribuidor agregou à rede, materializados na captação ou consolidação de clientela. Fundamento dessa obrigação pode ser tanto o enriquecimento sem causa, como a necessidade de apuração de haveres de um patrimônio comum, com aplicação analógica, neste último caso, das normas e construções jurisprudenciais relativas à apuração de haveres do sócio retirante ou excluído. Nessa perspectiva, a reputação da marca do produto objeto de distribuição não é um fator que, por si só, afaste o direito à compensação, mas, por certo, exercerá uma influência notável na quantificação do valor a ser compensado.

---

<sup>728</sup> A salvaguarda dos interesses do distribuidor, todavia, salvo expressa disposição em contrário, não deve levar à manutenção forçada do contrato, que se revela contraproducente a ambas as partes. Os contratos tipicamente relacionais, no sentido da doutrina anglo-saxã, em que a colaboração assume um papel da maior relevância, repelem permanência do vínculo por determinação heteronômica.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. Da empresarialidade: as empresas no direito. Coimbra: Almedina, 1996.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução. Rio de Janeiro: Aide, 1991.
- AMATO, Astolfo di. Impresa e nuovi contratti: materiali per un moderno Diritto Commerciale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.
- AMIEL-COSME, Laurence. Les réseaux de distribution. Paris: LGDJ, 1995.
- ASCARELLI, Tullio. Problemas das sociedades anônimas e Direito Comparado. São Paulo: Saraiva, 1945.
- ASSIS, Araken de. Resolução do contrato por inadimplemento. São Paulo: RT, 1991.
- ATYIAH, P. S. An introduction to the law of contract. 5. ed. Oxford: Clarendon Press, 1996.
- AZÉMA, Jacques. La durée des contrats successifs. Paris: LGDJ, 1969.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Validade de denúncia em contrato de distribuição sem pagamento indenizatório. Revista dos Tribunais, n. 737, p. 97-111, março de 1997.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado - direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento - função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual, in Revista dos Tribunais, abr. 1998, a. 87, v 750, pp. 113-120.
- BALDASSARI, Augusto. I contratti di distribuzione: agenzia, mediazione, concessione di vendita, franchising. Padova: CEDAM, 1989.
- BALDI, Roberto. Il contratto di agenzia - la concessione di vendita - il franchising 5. ed. Milano: Giuffrè, 1992.

\_\_\_\_\_. Il concessionario di vendita in esclusiva. In: ISTITUTO PER LO STUDIO E LA DIFFUSIONE DELL'ARBITRATO E DEL DIRITTO DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE. I contratti della distribuzione commerciale: la disciplina comunitaria, l'ordinamento interno. Milão: Egea, 1993. p. 403-441.

BARRETO FILHO, Oscar. Teoria do estabelecimento comercial. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BEALE, Hugue. Le droit anglais de la distribution: le contrat-cadre ignoré? In: SAYAG, Alain. Le contrat-cadre: 2- la distribution. Paris, Litec, 1995. p. 171-196.

BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, n. 9, p. 60-77, nov. 1993.

BERETTA, Matteo. Tutela della concorrenza e franchising: l'esperienza statunitense. In: ISTITUTO PER LO STUDIO E LA DIFFUSIONE DELL'ARBITRATO E DEL DIRITTO DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE. I contratti della distribuzione commerciale: la disciplina comunitaria, l'ordinamento interno. Milão: Egea, 1993. p. 201-282.

BERGSTEIN, Jonás. La extinción del contrato de distribución. Montevideo: FCU, 1996.

BESSONE, Darcy. Do contrato: teoria geral. São Paulo: Saraiva, 1997.

BOCCARA, Bruno. Le fonds de commerce, la clientèle et la distribution intégrée. Gazette du Palais, p. 1.021-1.036, 10 de setembro de 1994.

BRITO, Maria Helena. O contrato de concessão comercial. Coimbra: Almedina, 1990.

BULGARELLI, Waldirio. Contratos mercantis. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

BURLAS, Luisa B., COUSO, Juan C.. Franchising. In: ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Derecho comercial y económico - contratos - parte especial, 1. ed. Buenos Aires: Astrea, 1991. p. 387-403.

CAGNASSO, Oreste. La concessione di vendita: problemi di qualificazione. Milano: Giuffrè, 1983.

\_\_\_\_\_. La natura del contratto di franchising. In: ISTITUTO PER LO STUDIO E LA DIFFUSIONE DELL'ARBITRATO E DEL DIRITTO DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE. I contratti della distribuzione commerciale: la disciplina comunitaria, l'ordinamento interno. Milão: Egea, 1993. p. 191-200.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Lisboa: Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria geral da Constituição. Coimbra: Almedina, 1997.

CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. Aproximación al "franchising" - especial referencia al regimen de la responsabilidad civil, Revista de Direito Civil, n. 60, p. 123-157.

CARVALHO, Nuno T. P. Os contratos de franquia e o Direito Antitruste, Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, n. 14, p. 36-40, jan./fev. 1995.

CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre relações jurídicas em shopping centers In: PINTO, Roberto Wilson Renault, OLIVEIRA, Fernando A. Albino de (coord.). Shopping centers (questões jurídicas). São Paulo: Saraiva, 1991. p. 163-177.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CHAMPAUD, Claude. La concession commerciale, Revue de Droit Commercial, a. XVI, p. 451-504, 1963.

\_\_\_\_\_. Les méthodes de groupement des sociétés, Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique, a. XX, p. 1003-1044, 1967.

CHESNAIS, François. A mundialização do capital. São Paulo: Xamã, 1996.

CHERPILLOD, Ivan. La fin des contrats de durée. Lausanne: CEDIDAC, 1988.

CLÉMENT, Jean-Paul. Le contrat de franchise en Droit français. In: PINCHART, Bernard, TRIAILLE, Jean-Paul. Les contrats de distribution commerciale en Droit belge et en Droit français. Bruxelas: Larcier, 1996. p. 119-170.

COELHO, José Washington. A concessão comercial de veículos automotores. São Paulo: Resenha Tributária, 1981.

COLLOMB, Pierre. La clientèle du fonds de commerce, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, a. XXXII, n. 1, -p. 1-48, jan./mar. 1979.

COMPARATO, Fábio Konder. Novas formas jurídicas de concentração empresarial, *Revista de Direito Mercantil*, a. XI, n. 5, p. 133-142, 1972.

\_\_\_\_\_. Ensaio e pareceres de Direito Empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

\_\_\_\_\_. O poder de controle na sociedade anônima. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

\_\_\_\_\_. Direito Empresarial. São Paulo: Saraiva, 1990.

COSTA, Judith Martins. O Direito Privado como um “sistema em construção” - as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro, *Revista dos Tribunais*, a. 87, n. 753, p. 24-48, jul. 1998.

\_\_\_\_\_. A boa-fé no Direito Privado, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 1999.

COUTO E SILVA, Clóvis. A obrigação como processo. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

\_\_\_\_\_. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 33-58.

CRAHAY, Paul. Les contrats internationaux d'agence et concession de vente. Paris: LGDJ, 1991.

DIEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil patrimonial (introducción - teoríal del contrato). v. i. 4. ed. Madrid: Civitas, 1993.

DINIS, Maria Helena. Tratado teórico e prático dos contratos. v iii. São Paulo: Saraiva, 1993.

DUBUISSON, Bernard, TOSSENS, Geneviève. Les relations entre professionnels en Droit belge In: GHESTIN, Jacques, FONTAINE, Marcel (dir.). La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Paris: LGDJ, 1996. p. 429-477.

DUTILLEUL, François Collart, DELEBECQUE, Philippe. Contrats civils et commerciaux. 2. ed. Paris: Dalloz, 1993.

EL HAGE, Nasredine. La nouvelle réglementation du contrat d'agence commerciale (protection de l'agent et consécration de la notion d'intérêt commun), *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, a. XLVII, n. 2, p. 197-232, abr./jun. 1994.

ENNECCERUS, Ludwig. Derecho civil (parte general). t. i, v. i. Barcelona: Bosch, 1947.

ENGISH, Karl. Introdução ao pensamento jurídico. 6. ed. Lisboa: Gulbenkian, 1988.

ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. Derecho Comercial y Económico - obligaciones y contratos comerciales - parte general. 1. reimpressão. Buenos Aires: Astrea, 1994.

FACHIN, Luiz Edson. O "aggionamento" do Direito Civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 115-150.

FALCON Y TELLA, Maria Jose. El argumento analogico en el derecho. Madrid: Civitas, 1991.

FARINA, Juan M. Contratos comerciales modernos. 1. reimpressão. Buenos Aires: Astrea, 1994.

FARNSWORTH, E. Allan. Good faith in contract performance. In: BEATSON, Jack, FRIEDMANN, Daniel (coord.). *Good Faith and fault in contract law*. Oxford: Clarendon, 1997.

FAUCEGLIA, Giuseppe. Il franchising: profili sistematici e contrattuali. Milão: Giuffrè, 1988.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1988.

FERRIER, Didier. Droit de la Distribution. Paris: Litec, 1995.

FERRI, G. Manuale di Diritto Commerciale. Torino, UTET, 1993.

FLOCH, Paul le. Le fonds de commerce: essai sur le caractère artificiel da la notion et ses limites actuelles. Paris: LGDJ, 1986.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FRANCESCHELLI, Remo. Dal vecchio al nuovo Diritto Commerciale. Milão: Giuffrè, 1970.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Introdução ao Direito da Concorrência. São Paulo: Malheiros, 1996.

FRIGNANI, Aldo. Contributo ad una ricerca sui profili dogmatici del 'franchising' (con particolare riferimento all'Italia). In: Studi in onore di Enrico Tullio Liebman. v. 4. Milano: Giuffrè, 1979. p. 3.049-3.067.

GABRIELLI, Giovanni. Vincolo contrattuale e recesso unilaterale. Milano: Giuffrè, 1985.

GALGANO, Francesco. Il negozio giuridico. Milano: Giuffrè, 1988.

GASSIOT, Luís Cardelús I. El contrato de franchising. Barcelona: PPU, 1988.

GHERSI, Carlos Alberto. Contratos civiles y comerciales - partes general y especial - figuras contractuales modernas. 3. ed. Buenos Aires: Astrea, 1994.

GHESTIN, Jacques. Traité de Droit Civil: la formation du contrat. 3. ed. Paris: LGDJ, 1993.

GNIGNATI, Paolo. Franchising, Rivista di Diritto Civile, ano XXXIII, n. 4, p. 441-458, jun./ag. 1987.

GOMES, Orlando. Contratos. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. Direito Comercial. Curitiba: Juruá, 1998.

GRAEFF JÚNIOR, Cristiano. O contrato de concessão comercial e a lei nº 6.729, de 28.11.79, Ajuris, n. 20, p. 79-88.

GRANIER, Thierry. Prix imposés, prix conseillés: le contrat de franchisage à l'épreuve du droit de la concurrence, Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique, a. XLIV, n. 3, p. 357-374, jul./set. 1991.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Aplicação analógica da lei dos revendedores, Revista de Direito Mercantil, a. XXII, n. 49, p. 34-40, jan./mar. 1983.

GUYENOT, Jean. Les conventions d'exclusivité de vente, *Revue de Droit Commercial*, a. XVI, p. 513-537, 1963.

\_\_\_\_\_. Les contrats de concession commerciale. Paris: Sirey, 1968.

\_\_\_\_\_. Concessionnaires et commercialisation des marques: la distribution intégrée. Paris: Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1975.

\_\_\_\_\_. Que es el franchising? Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1977.

HUET, Nathalie. In: SAYAG, A (dir). Le contrat-cadre: 2- la distribution. Paris: Litec, 1995.

IRTI, Natalino. Leggi speciali: dal mono-sistema al poli-sistema, *Rivista di Diritto Civile*, a XXV, n. 2, p. 141-153, mar./abr. 1979.

ITURRASPE, Jorge Mosset. Interpretación económica de los contratos. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1994.

IZORCHE, Marie-Laurie. Les fondements de la sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, a. 51, n. 1, p. 18-52, jan./mar. 1998.

JAMIN, Christophe. L'évolution du Droit français de la concession commerciale. In: PINCHART, Bernard, TRIAILLE, Jean-Paul. Les contrats de distribution commerciale en Droit belge et en Droit français. Bruxelles: Larcier, 1996. p. 217-235.

KLEIDERMACHER, Jaime L. Franchising - aspectos económicos y jurídicos. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

KLEIN, Michele. El desistimiento unilateral del contrato. Madrid: Civitas, 1997.

LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. t. i. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958..

\_\_\_\_\_. Metodologia da ciência do Direito. 2. ed. Lisboa: Gulbenkian, 1989.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Denúncia de contrato de franquia por tempo indeterminado, *Revista dos Tribunais*, n. 719, p. 83-96, setembro de 1995.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. O enriquecimento sem causa no Direito Civil. Lisboa: Centro de Estudos Fiscais, 1996.

LEMKE, Nardim Darcy. Shopping center: questões jurídicas e contratuais. Blumenau: Acadêmica, 1999.

LOBO, Jorge. Contrato de franchising. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos do Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Contratos relacionais e defesa do consumidor. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MALAUURIE, Ph., Aynès, L. Cours de Droit Civil - les contrats spéciaux. 8. ed. Paris: Cujas, 1994.

MAQUIEIRA, José da Silva. Shopping centers - antigas e novas apreciações. In: PINTO, Roberto Wilson Renault, OLIVEIRA, Fernando A. Albino de (coord.). Shopping centers (questões jurídicas). São Paulo: Saraiva, 1991. p. 137-162.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. A natureza jurídica das locações comerciais dos shopping centers. In: PINTO, Roberto Wilson Renault, OLIVEIRA, Fernando A. Albino de (coord.). Shopping centers (questões jurídicas). São Paulo: Saraiva, 1991. p. 79-96.

MARTINS, Pedro Baptista. O abuso de direito e o ato ilícito. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MARZORATI, Osvaldo J. Sistemas de distribución comercial. 1. reimpressão. Buenos Aires: Astrea, 1992.

MATRAY, Christine. Le contrat de franchise en Droit belge. In: PINCHART, Bernard, TRIAILLE, Jean-Paul. Les contrats de distribution commerciale en Droit belge et en Droit français. Bruxelas: Larcier, 1996. p. 91-115.

MELO, Claudineu de. Contrato de distribuição. São Paulo: Saraiva, 1987.



MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. Da boa fé no Direito Civil. Coimbra: Almedina, 1983.

MERLE, Philippe. Droit commercial - sociétés commerciales. 4. ed. Paris: Dalloz, 1994

MONTEIRO, Antonio Pinto. Contratos de agência, de concessão e de franquia ("franchising") In: UNIVERSIDADE DE COIMBRA. Estudos em homenagem ao professor doutor Eduardo Correia. v. III. Coimbra, Universidade de Coimbra, 1984.

\_\_\_\_\_. Denúncia de um contrato de concessão comercial. Coimbra: Coimbra, 1998.

MORAES, Walter. Sociedade civil estrita. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MOREIRA, Vital. A ordem jurídica do capitalismo. Coimbra: Centelha, 1978.

MUNAGORRI, Rafael Encinas de. L'acte unilatéral dans les rapports contractuels. Paris: LGDJ, 1996.

NEVES, A. Castanheira. Metodologia jurídica: problemas fundamentais. Coimbra, Coimbra, 1993.

NORONHA, Fernando. O Direito dos Contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVA, Giorgio de. Il tipo contrattuale. Padova: CEDAM, 1974.

\_\_\_\_\_. Nuovi contratti. 2. ed. Torino: UTET, 1994.

OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. Fundo de Comércio em shopping centers. In: PINTO, Roberto Wilson Renault, OLIVEIRA, Fernando A. Albino de (coord.). Shopping centers: questões jurídicas. São Paulo, Saraiva, 1991. p. 55-78.

PACHECO, Pedro Mercado. El analisis economico del derecho: una reconstruccion teorica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

PARDOLESI, Roberto. I contratti di distribuzione. Napoli: Jovene, 1979.

PERIS, Juan Ignacio Ruiz. El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia. Madrid: Civitas, 1991.

PERLINGIERI, Pietro. *Il Diritto Civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1991.

\_\_\_\_\_. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PICOD, Yves. *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*. Paris: LGDJ, 1989.

PIGASSOU, Paul. *La distribution intégrée*, in *Revue Trimestrelle de Droit Commercial et de Droit Économique*, a. 33, n. 3, p. 473-546, jul./set. 1980.

PINTO, Roberto Wilson Renault. *O fundo de comércio dos shopping centers e o Decreto nº 24.150/34*. In: PINTO, Roberto Wilson Renault, OLIVEIRA, Fernando A. Albino de (coord.). *Shopping centers (questões jurídicas)*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 219-232.

PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado de Direito Privado*. v. XXXVIII. Rio de Janeiro, Borsoi, 1955.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*. v. XLIII. Rio de Janeiro, Borsoi, 1955.

PUELINCKX, A. H., TIELEMANS, H. A. *The termination of agency and distributorship agreements: a comparative survey*, *Northwestern Journal of International Law and Business*, v. 3, n. 2, p. 452-495, 1981.

REQUIÃO, Rubens. *O contrato de concessão de venda com exclusividade: concessão comercial*, *Revista de Direito Mercantil*, a. XI, n. 7, p. 17-45, 1972.

\_\_\_\_\_. *Contrato de franquia comercial ou de concessão de vendas*, *Revista dos Tribunais*, n. 513, p. 41-62, julho de 1978.

\_\_\_\_\_. *Do representante comercial*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4. ed. Paris: LGDJ, 1949

ROCHA, João Luiz Coelho da. *Representação comercial e distribuição comercial: importância dos traços distintivos*, *Revista de Direito Mercantil*, a. XXXV, n. 101, p. 114-118, jan./mar. 1996.

RONZANO, Alain. In: SAYAG, A (dir). *Le contrat-cadre: 2- la distribution*. Paris: Litec, 1995.

ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 1988.

ROPPO, Enzo. I 'nuovi contratti' fra autonomia privata e interventi del legislatore (note minime). In: PERLINGIERI, Pietro. Lezioni di Diritto Civile. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1993. p. 255-272.

RUDIGER, Dorothee S. A teoria da autonomia privada coletiva: do Direito Sindical ao Direito dos Grupos Intermediários, Revista dos Tribunais, n. 727, p. 17-28, maio de 1996.

\_\_\_\_\_. O contrato coletivo no Direito Privado: contribuições do Direito do Trabalho para a teoria geral do contrato. São Paulo: LTr, 1999, 174 p.

SAAD, Ricardo Nacim. Representação comercial. São Paulo: Saraiva, 1993/.

SÁENZ, Joseba A. Echebarría. El contrato de franquicia: definición y conflictos en las relaciones internas. Madrid: McGraw-Hill, 1995.

SALOMÃO FILHO, Calixto. A sociedade unipessoal. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. O novo Direito Societário. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. Direito Concorrencial: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998.

SANCHEZ, Esperanza Gallego. La franquicia. Madrid: Trivium, 1991.

SANTINI, Gerardo. El comercio: ensayo de economía del derecho. Barcelona: Ariel, 1988.

SANZ, Fernando Martinez. La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión. Madrid: Civitas, 1995.

SAYAG, A. In: SAYAG, A (dir). Le contrat-cadre: 2- la distribution. Paris: Litec, 1995.

SCHAPIRA, Jean, LE TALLEC, Georges, BLAISE, J-B. Droit européen des affaires. Paris: PUF, 1992.

SENATORE, Carlos Alberto. Estudo sobre o contrato de concessão comercial. São Paulo, 1979. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil (fontes das obrigações: contratos). v. iii. 4. ed. (revista e atualizada pelo Professor José Serpa Santa Maria). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

SERRA, Yves. Les fondements et le régime de l'obligation de non-concurrence, *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Économique*, a. 51, n. 1, p. 7-15, jan./mar. 1998.

SETTE, Francesco. Dal gruppo di imprese all'impresa di gruppo, *Rivista di Diritto Civile*, a. XXXIV, n. 2, p. 267-300, mar./abr. 1988.

SILVEIRA, Newton. O contrato de franchising. In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *Novos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 156-165

SIMÃO FILHO, Adalberto. Contrato de franchising. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SZTAJN, Rachel. Contrato de sociedade e formas societárias. São Paulo: Saraiva, 1989.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEUBNER, Gunther. O Direito como sistema autopoiético. Lisboa: Gulbenkian, 1993.

TEYSSIÉ, Bernard. Les groupes de contrats. Paris: LGDJ, 1975.

THIBIERGE-GUELFUCCI, Catherine. Libres propos sur la transformation du Droit des Contrats, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, a. 96, n. 2, p. 357-385, abr./jun. 1997.

THIRION, Nicolas, BENOIT-MOURY, Anne. Les concessions de vente en Droit belge. In: PINCHART, Bernard, TRIAILLE, Jean-Paul. *Les contrats de distribution commerciale en Droit belge et en Droit français*. Bruxelas: Larcier, 1996. p. 173-212.

VARELA, João de Matos Antunes. Das obrigações em geral. v. i. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

\_\_\_\_\_. Das obrigações em geral. v. ii. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

\_\_\_\_\_. O movimento de descodificação do Direito Civil. In: MORAES E BARROS, Hamilton de. *Estudos Jurídicos em homenagem ao Professor Caio Mário da Silva Pereira*. São Paulo: Forense, 1984. p. 499-531.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. Contratos atípicos. Coimbra: Almedina, 1995.

VIRASSAMY, Georges J. Les contrats de dépendence: essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique. Paris: LGDJ, 1986.

\_\_\_\_\_. Les relations entre professionnels en Droit français, In: GHESTIN, Jacques, FONTAINE, Marcel. La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Paris: LGDJ, 1996. P. 479-511.

WIEACKER, Franz. El principio general de la buena fé. Madrid: Editorial Civitas, 1982.

WITZ, Claude, SPIEGEL, Nico. Le Droit allemand de la distribution: le contrat-cadré consacré. In: SAYAG, Alain (dir.). Le contrat-cadre: 2. la distribution. Paris: Litec, 1995.

ZACCARIA, Giuseppe. L'arte dell'interpretazione: saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea. Padova: CEDAM, 1990.

ZALDIVAR, Enrique, MANOVIL, Rafael M., RAGAZZI, Guilhemo E. Contratos de colaboracion empresarial. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.

ZANITELLI, Leandro Martins. A proteção do consumidor no contrato de franchising, Revista de Direito do Consumidor, n. 23-24, p. 225-236.

**ÍNDICE:**

**SUMÁRIO – p. iv**

**RESUMO – p. v**

**ABSTRACT – p. vi**

**INTRODUÇÃO – p. 1**

**CAPÍTULO 1 - OS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO: ELEMENTOS ESPECÍFICOS E COMUNS – p. 12**

**1.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS – p. 12**

**1.2. O MÉTODO TIPOLÓGICO – p. 18**

**1.3. CONTRATO DE AGÊNCIA OU DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL – p. 23**

**1.4. CONTRATO DE CONCESSÃO COMERCIAL – p. 31**

**1.5. CONTRATO DE FRANQUIA – p. 47**

**1.6. PONTOS COMUNS ENTRE OS DIVERSOS TIPOS DE CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO EXAMINADOS – p. 58**

**CAPÍTULO 2 – O ENFOQUE COLETIVO: A REDE DE DISTRIBUIÇÃO – p. 66**

**2.1. A REALIDADE ECONÔMICA DA REDE DE DISTRIBUIÇÃO – p. 67**

**2.2. TRADUÇÃO JURÍDICA DA REDE – p. 70**

**2.3. O CONTROLADOR DA REDE: SEUS PODERES E RESPONSABILIDADES PERANTE OS DISTRIBUIDORES E TERCEIROS – p. 81**

**2.4. A REDE E AS RELAÇÕES ENTRE OS DISTRIBUIDORES QUE A INTEGRAM – p. 87**

## **2.5. A PROTEÇÃO DA REDE CONTRA TERCEIROS – p. 90**

# **CAPÍTULO 3 - ANÁLISE DE ALGUMAS CLÁUSULAS COMUNS AOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO, À LUZ DO DIREITO CONTRATUAL E DO DIREITO ECONÔMICO – p. 96**

## **3.1. PREMISSAS À ANÁLISE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS – p. 96**

## **3.2. OBRIGAÇÃO PROMOCIONAL – p. 101**

## **3.3. APROVISIONAMENTO JUNTO AO PRINCIPAL OU A TERCEIROS POR ESTE APROVADOS – ESTABELECIMENTO DE QUOTAS – p. 102**

## **3.4. OBRIGAÇÃO DE FORNECIMENTO DOS PRODUTOS OBJETO DA DISTRIBUIÇÃO – p. 106**

## **3.5. OBRIGAÇÃO DE OBSERVÂNCIA DE PADRÕES ESTABELECIDOS PELO FABRICANTE – p. 108**

## **3.6. A DETERMINAÇÃO DO PREÇO DO PRODUTO – p. 110**

## **3.7. CLÁUSULAS QUE DISPÕEM SOBRE O PREÇO DE REVENDA – p. 113**

## **3.8. DELIMITAÇÃO DO TERRITÓRIO DO DISTRIBUIDOR – p. 118**

## **3.9. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE TERRITORIAL – p. 122**

## **3.10. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE DE APROVISIONAMENTO – p. 129**

## **3.11. CONTROLE SOBRE A REVENDA – p. 136**

## **3.12. CLÁUSULA *INTUITU PERSONAE* – p. 138**

## **3.13. SALVAGUARDAS À REPUTAÇÃO DA MARCA E DA REDE DE DISTRIBUIÇÃO – p. 140**

## **3.14. ASSISTÊNCIA TÉCNICA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÓS-VENDA – p. 141**

**3.15. CLÁUSULAS RELATIVAS ÀS OBRIGAÇÕES PÓS-CONTRATUAIS, ESPECIALMENTE AS DE SIGILO E DE NÃO-CONCORRÊNCIA – p. 142**

**CAPÍTULO 4 - TÉRMINO DA RELAÇÃO CONTRATUAL – p. 144**

**4.1. ATUALIDADE E CANDÊNCIA DO PROBLEMA DA CONTINUIDADE DOS CONTRATOS DE DURAÇÃO – p. 144**

**4.2. SOLUÇÕES LEGAIS PARA O TÉRMINO DA RELAÇÃO CONTRATUAL – p. 152**

**4.2.1. REGIME DE TÉRMINO DA RELAÇÃO DE AGÊNCIA COMERCIAL – p. 153**

**4.2.2. PROTEÇÃO LEGAL DO CONCESSIONÁRIO – p. 158**

**4.2.3. PROTEÇÃO LEGAL DO FRANQUEADO – p. 163**

**4.3. EXAME DA VIABILIDADE DE SOLUÇÕES ANALÓGICAS – p. 164**

**4.4. LIMITES QUE DEFLUEM DA FUNÇÃO TÍPICA DOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO – p. 176**

**4.5. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ E A TERMINAÇÃO DO CONTRATO – p. 180**

**4.5.1. INTEMPESTIVIDADE DA DENÚNCIA – A EXIGÊNCIA DE AVISO PRÉVIO – p. 182**

**4.5.2. DURAÇÃO DO CONTRATO PELO PRAZO MÍNIMO ESTIMADO COMO NECESSÁRIO À AMORTIZAÇÃO DE INVESTIMENTOS DO DISTRIBUIDOR – p. 186**

**4.5.3. COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO DO FORNECEDOR – p. 189**

**4.5.4. MOTIVAÇÃO DA DENÚNCIA – p. 190**

**4.6. A RESOLUÇÃO DA RELAÇÃO CONTRATUAL – p. 194**

**4.7. O TÉRMINO DA RELAÇÃO CONTRATUAL SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO ECONÔMICO – p. 200**

**4.8. CONSEQUÊNCIAS DO TÉRMINO DA RELAÇÃO CONTRATUAL – p. 203**



#### **4.8.1. DA INDENIZAÇÃO AO DISTRIBUIDOR - p. 204**

##### **4.8.1.1. RECOMPRA DOS ESTOQUES DO DISTRIBUIDOR – p. 207**

##### **4.8.1.2. INDENIZAÇÃO DOS INVESTIMENTOS REALIZADOS PELO DISTRIBUIDOR – p. 211**

##### **4.8.1.3. DESPESAS LIGADAS DIRETAMENTE AO TÉRMINO DA RELAÇÃO CONTRATUAL – p. 216**

##### **4.8.1.4. INDENIZAÇÃO DOS LUCROS CESSANTES – p. 217**

#### **4.8.2. COMPENSAÇÃO AO DISTRIBUIDOR PELO ATIVO IMATERIAL QUE AGREGOU À REDE – p. 219**

#### **CONCLUSÃO – p. 234**

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS – p. 239**